Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Spiel und Differenzgeschäft in ihrer Anwendung auf den Börsenterminhandel

□□□

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Max Merckens
Referendar

1911
Druck der Aachener Verlags- und Druckerei-Gesellschaft, Aachen.

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Spiel und Differenzgeschäft in ihrer Anwendung auf den Börsenterminhandel

□□□

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Max Merckens
Referendar

1911
Druck der Aachener Verlags- und Druckerei-Gesellschaft, Aachen.

Genehmigt auf Antrag des Referenten,
Prof. Dr. v. Rümelin, am 27. Juli 1911.

Literaturverzeichnis.

Apt, Börsengesetz, 1909.
Bernstein, Das Börsengesetz, 1910.
Hemptenmacher, Börsengesetz, 2. Aufl., 1908.
Cahn, Börsengesetz, 2. Aufl., 1909.
Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, 1910.
Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp u. a., im Auftrage des Centralververbandes des Deutschen Bank- und Banquiergewerbes, Kommentar zum Börsengesetz, 1909 (C.-V.-Kommentar).
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Nachtrag, Exkurs zu § 376, 8. Aufl., Herausgegeben von Koenige, Stranz und Pinner, 1909.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl., 1910.
Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, Bd. 2, 1902.
Danz, Die Grundsätze von Treu und Glauben und ihre Anwendung auf die Rechtsverhältnisse des Bankverkehrs, 1909.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. II, Abt. 2, 1906; Abt. 1, 1909.
Differenzgeschäft und Börsentermingeschäft in Gesetzgebung und Rechtsprechung, veröffentlicht im Auftrage des Centralverbandes des Deutschen Bank- und Banquiergewerbes, 1904.
Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., 1909.
Ehrenberg, Börsenwesen, in Conrads Handwörterbuch, Bd. 3, S. 179 ff.
Hoffmann, Brückner, Erler u. a., Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten, 1910.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 1908.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900.
Müller, Neander, Differenztheorie uud Börsengeschäfte, 2. Aufl., 1902.
Müller, Neander, Juristische Lehrmeinungen über Börsengeschäfte, 1903.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1906.
Pfleger, Börsenrecht, in Conrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 3, 3. Aufl. 1909.
Plank, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 1900.
Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl., 1906.
Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl., 1879.
Thorwart, Die Behandlung des Termin- und Differenzgeschäftes in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung, Erl. Diss., 1908.
Adler, Betrachtungen und Vorschläge zur Reichstagsvorlage vom 22. November 1907 betr. Aenderung des Börsengesetzes. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (G. Z.), Bd. 61, S. 456 ff.
Bernstein, Das Börsenprivatrecht nach der Novelle von 1908. G. Z., Bd. 62. S. 137 ff.

Düringer, Zur Börsengesetznovelle. Bankarchiv, Jahrg. 7, S. 213 ff.

Heck, Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 4, S. 17 ff., 1890.

Hoeniger, Die gemischten Verträge in ihren Grundformen, 1910.

Jacusiel, Der Börsenterminhandel in Wertpapieren unter dem neuen Börsengesetz. Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, Jahrg. 1908, S. 570 ff.

Merzbacher, Die Reform des Börsengesetzes. Recht, Jahrg. 1908, Sp. 188 ff.

Nußbaum, Ueber Prämiengeschäfte zwischen Bankier und Kunden. Holdheims Mschr., Jahrg. XIX, Nr. 1.

Trumpler, Die Differenzgeschäfte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und nach dem Börsengesetz. G. Z., Bd. 50, S. 388 ff.

Wildhagen, Der dritte Entwurf zur Börsengesetznovelle, Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. 12, Sp. 1275 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts: in der offiziellen Sammlung, im Bankarchiv, in der Deutschen Juristenzeitung, der Juristischen Wochenschrift, und der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungs-Recht.

Bericht und Beschlüsse der Börsenenquetekommission nebst Anlagen, 1892/93.

Verhandlungen des Deutschen Reichstags:

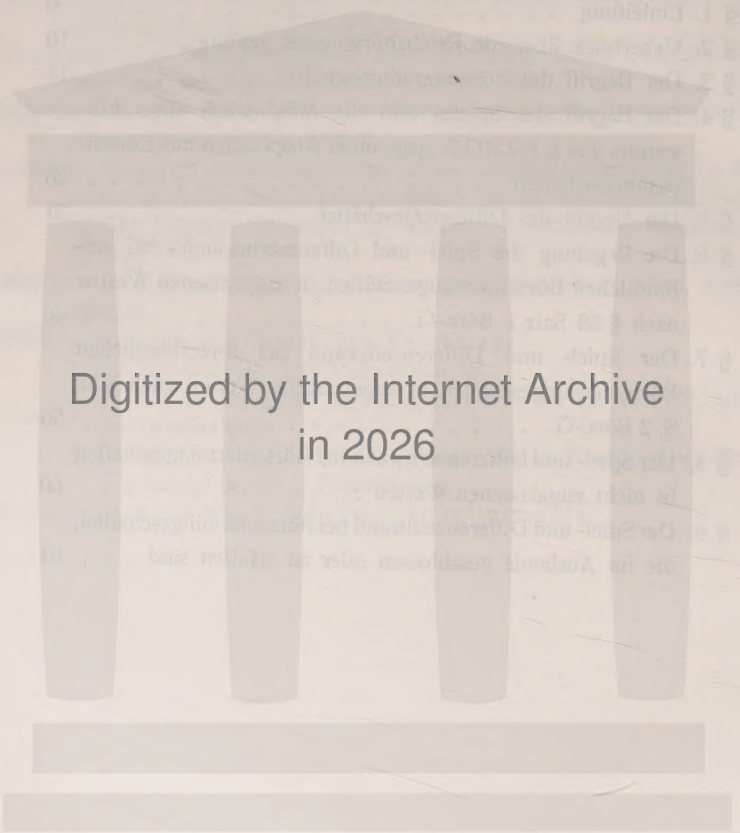
1. Bd. 229 und Bd. 230: Plenarlesungen.
2. Bd. 243 der Anlagen: Regierungsentwurf vom 22. XI. 1907, Nr. 438 der Drucksachen.
3. Bd. 247 der Anlagen Nr. 847: Bericht der 15. Kommission, Nr. 864 Aenderung in der 2. Plenarlesung.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Anordnung.

Seite

§ 1. Einleitung 9
§ 2. Ueberblick über die Reichsbörsengesetzgebung 10
§ 3. Der Begriff des Börsentermingeschäftes 14
§ 4. Der Begriff des Spieles und die Möglichkeit eines Einwandes aus § 762 BGB. gegenüber Ansprüchen aus Börsentermingeschäften 26
§ 5. Der Begriff des Differenzgeschäftes 31
§ 6. Die Regelung des Spiel- und Differenzeinwandes bei verbindlichen Börsentermingeschäften in zugelassenen Werten nach § 58 Satz 1 Börs.-G. 40
§ 7. Der Spiel- und Differenzeinwand bei unverbindlichen Börsentermingeschäften in zugelassenen Werten nach § 58 S. 2 Börs.-G. 56
§ 8. Der Spiel- und Differenzeinwand bei Börsentermingeschäften in nicht zugelassenen Werten 60
§ 9. Der Spiel- und Differenzeinwand bei Börsentermingeschäften, die im Auslande geschlossen oder zu erfüllen sind . . . 63


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552714_0131

§ 1.

Einleitung.

Zweck der vorliegenden Arbeit ist, zu untersuchen, inwiefern und mit welcher Wirkung die Bestimmungen der §§ 762 und 764 BGB., die den Rechtsgeschäften, sofern sie Spiele oder Differenzgeschäfte sind, die Verbindlichkeit entziehen, auf dem Gebiete des Börsenterminhandels zur Anwendung kommen. Die Frage ist auf diesem Gebiete von besonderer Bedeutung, weil sich in die Formen des Börsentermingeschäftes, das vielfach nicht durch Leistung der ursprünglich ausbedungenen Vertragsobjekte, sondern etwa durch Auszahlung eines auf diese oder jene Weise festgestellten zeitlichen oder örtlichen Preisunterschiedes erfüllt wird, oft das Spiel in Gestalt des Differenzgeschäftes kleidet — oder angeblich kleiden soll. Da das Börsentermingeschäft seinem Wesen nach ernsten volkswirtschaftlichen Zwecken dient und dienen soll, liegt eine scharfe und klare Grenzziehung gegenüber dem Differenzgeschäfte in seinem Interesse. Daß diese Scheidung heute durch Gesetz und Rechtsprechung richtig vollzogen werde, wird in Handelskreisen lebhaft bestritten. Es läßt sich nun nicht leugnen, daß das Börsengesetz, dessen Aufgabe diese Regelung ist, der Form nach kein juristisches Meisterwerk ist — Cosack spricht von einer „anspruchslosen Redaktion“ [1]) des Börsengesetzes —. Dies beruht zum Teil darauf, daß das Börsenrecht als junge Rechtsmaterie vielfach noch scharf ausgeprägter juristisch-technischer Ausdrücke ermangelt, diese vielmehr dem ungenaueren, dehnbaren Sprachgebrauche des täglichen Lebens entlehnen muß, sowie darauf, daß das Gesetz in scharfen wirtschaftspolitischen Kämpfen zwischen börsenfreundlichen und börsenfeindlichen Strömungen entstanden ist.

[1]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. Seite 344 ff.

Das Börsengesetz älterer Fassung krankte daran, daß es von einer börsenfeindlichen Strömung in Regierung und Reichstag geschaffen wurde, der zur Gesetzgebung auf diesem Gebiete die nötige Sachkenntnis fehlte. Denselben Fehler weist die damit in Zusammenhang stehende Regelung des Differenzgeschäftes in § 764 BGB. auf. Bei der Novelle, die das alte Gesetz in manchen Punkten bestehen ließ, war keine der beiden Richtungen stark genug, ihre Interessen einseitig durchzusetzen, und deshalb waren beide, um etwas zustande zu bringen, auf Kompromisse angewiesen. Dadurch ist das Recht des Börsenterminhandels, um dessen Neuregelung es sich hauptsächlich bei der Novelle handelte, eine lange Kette von Ausnahmen der jedesmal übergeordneten Ausnahme geworden, und ist es der Novelle auch nicht gelungen, klare Rechtsverhältnisse zu schaffen. Ein kurzer Ueberblick über die Reichsbörsengesetzgebung und die damit zusammenhängende Regelung des Differenzgeschäftes sei deshalb zum besseren Verständnis vorangeschickt. Eine weitere Schwierigkeit für die uns hier beschäftigende Frage besteht darin, daß die Begriffe des Börsentermingeschäftes und des Differenzgeschäftes in Literatur und Rechtsprechung lebhaft umstritten sind, nach Angabe der Börsenfachleute infolge mangelnder Sachkenntnis auf der Gegenseite. Wir wollen versuchen, beide Begriffe sowie den des Spieles zu bestimmen, um auf Grund dessen ihre Stellung zueinander zu erkennen und damit das Gebiet, in das § 58 Börs.-G eingreifen kann, danach den § 58 einer näheren Erörterung unterziehen und seine Wirkungen bestimmen.

---

§ 2.

Ueberblick über die Reichsbörsengesetzgebung.

Veranlaßt durch verschiedene wirtschaftspolitisch schädigende Erscheinungen des Börsenwesens im Jahre 1891, die im Reichstage zu Anträgen an die Regierung um Abhilfe führten, berief der Reichskanzler im Jahre 1892 eine Börsen-Enquête-Kommission, die Aufklärung bringen sollte über die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse des Börsenwesens und Vorschläge zu dessen gesetzlicher Regelung machen sollte. Schon die

Verhandlungen der Kommission erwiesen, daß zwischen den Interessenten und Freunden des Handels und der Börse und ihren Gegnern nur schwer eine Verständigung zu erzielen sei. Die Kommission faßte die Ergebnisse ihrer Verhandlungen in einen Bericht zusammen, dessen Vorschläge die Reichsregierung in ihrem Entwurfe zu einem Börsengesetz noch erheblich in der Richtung auf schärfere Börsenaufsicht und Beschränkung der Freiheit der Börse überschritt. Der Entwurf ging dem Reichstage 1895 zu. In den Reichstagsbeschlüssen gelangten die Tendenzen der Börsengegner in noch höherem Maße zur Geltung. 1896 erlangte das Gesetz Gesetzeskraft. Kurz vorher hatte dieselbe Mehrheit in den Kommissionsberatungen zum BGB. entgegen dem Wunsche der Regierung, die das Differenzgeschäft beim Börsengesetz, zu dem es gehöre und bei dem auch das Material der Enquête-Kommission zur Verfügung stehe, regeln wollte, dieses in dem jetzigen bei wörtlicher Auslegung imaginären[1]) § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches geregelt, angeblich um die derzeit geltende Rechtsprechung des Reichsgerichts zu fixieren. Gegen die Bestimmungen des Börsengesetzes, besonders die über den Börsenterminhandel, sowie gegen § 764 BGB. setzte alsbald eine scharfe Polemik aus Handelskreisen ein, geführt vor allem von dem Zentralverbande des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes. Zweimal, 1904 und 1906, legte die Regierung dem Reichstage Entwürfe einer Novelle zum Börsengesetze vor, um die schlimmsten Schäden zu beseitigen; beide kamen nicht über die Reichstagskommissionsberatungen hinaus. Der neue Reichstag von 1907 unter dem Zeichen der Blockpolitik schien den Interessen des Handels günstiger zu sein. Die Regierung brachte unter dem 22. November 1907 eine Novelle ein, die den Abschnitt IV des Börsengesetzes vollkommen neu regelte unter Beseitigung des Börsenregisters.[2]) Der Entwurf wurde vom Reichstagsplenum in erster Lesung am 12. und 13. Dezember 1907 beraten und an eine Kommission (15. Kommission) von 28 Mitgliedern verwiesen,[3]) die in zwei Lesungen darüber beriet und dem Reichs-

[1]) Hemptenmacher, Börsengesetz, § 58, Anm. 1, Seite 199; vergl. aber Düringer, Bankarchiv, Jahrg. 6, Seite 162.

[2]) Verhandlungen des Reichstages, Anlagen, Bd. 243, No. 483, S. 2597 ff.

[3]) Verhandlungen des Reichstages, Bd. 229.

tage schriftlichen Bericht erstattete.[1]) In der ersten Lesung behielten die börsenfeindlichen Tendenzen nochmals die Oberhand und das alte Börsengesetz wurde im wesentlichen wiederhergestellt, während die Ergebnisse der zweiten Kommissionslesung in Anlehnung an den Regierungsentwurf den Wünschen des Handels in viel höherem Maße gerecht wurden. Die agrarische Interessenvertretung begnügte sich mit einer Beschränkung des Warenterminhandels, vor allem in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei. Die Kommissionsbeschlüsse gelangten dann, abgesehen von einer Aenderung in § 50, jetzt § 53, unverändert in zweiter und dritter Plenarlesung zur Annahme[2]) und wurden am 8. Mai 1908 publiziert.

In seinem § 48 enthielt das alte Börsengesetz eine Begriffbestimmung des Börsentermingeschäftes; nach §§ 66, 68 waren Geschäfte nur verbindlich zwischen den Börsentermingeschäftsfähigen, d. h. denen, die in das Börsenregister für den betr. Geschäftszweig eingetragen waren oder deren Eintragung als Exquilinen nicht erforderlich war. Denselben Personen war gegenüber Ansprüchen aus Börsentermingeschäften der Einwand, daß die Erfüllung durch Lieferung der Waren oder Wertpapiere vertragsmäßig ausgeschlossen sei,[3]) entzogen. Die Regelung des Differenzgeschäftes in § 764 BGB. machte es dann erforderlich, im Einführungsgesetze zum Handelsgesetzbuch, Art. 14, Ziffer 5, dem § 69 des Börsengesetzes folgenden Absatz 2 hinzuzufügen:

„Diese Vorschrift wird durch die Vorschrift des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt."

Hier war danach eine Anwendung des § 762 BGB., wie es heute infolge § 58 des Börsengesetzes n. F. der Fall ist, noch nicht ausgeschlossen. In der Novelle von 1907 wurde die Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäfts fallen gelassen und es dem Ermessen der Gerichte anheimgestellt, im einzelnen Falle zu entscheiden, ob ein Börsentermingeschäft vorliege oder nicht. Die Anwendbarkeit der Bestimmungen über Spiel und Differenzgeschäft auf den Börsenterminhandel, aber nur den in

[1]) Verhandlungen des Reichstages, Anlagen, Bd. 247, No. 847, S. 5123

[2]) Verhandlungen des Reichstages, Band 230.

[3]) So definierte damals das Reichsgericht das Differenzgeschäft. Näheres siehe unten S. 32 f.

zugelassenen Waren oder Wertpapieren, wurde in § 58 geregelt. Der entsprechende § 59 des Entwurfes, dessen Ziel nach dem Wortlaute, nicht nach der Begründung, etwas anders gewesen war, hatte folgenden Wortlaut gehabt:

„Gegen Ansprüche aus Börsentermingeschäften in Waren oder Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind (§ 48), kann von demjenigen, für welchen das Geschäft nach den Vorschriften der §§ 54, 55, 58 verbindlich ist, ein Einwand aus den §§ 762 und 764 des BGB. nicht erhoben werden. Soweit ein solcher Einwand zulässig bleibt, finden die Vorschriften der §§ 55 und 57 über die Befriedigung aus der Sicherheit und die Zulässigkeit der Aufrechnung entsprechende Anwendung."

In der ersten Kommissionslesung wurde, entsprechend der Wiedereinführung des Börsenregisters, § 69 a. F., der das Differenzgeschäft regelte, wieder eingeführt. In der zweiten Kommissionslesung wurde in Satz 2 des Entwurfes hinter „Soweit" eingefügt „gegen die bezeichneten Ansprüche". Hierdurch wurde der Geltungsbereich des § 58 Satz 2 wesentlich eingeschränkt, allerdings ganz im Sinne des Entwurfes, wie sich aus der Begründung zu § 59 ergibt. Die Begründung sei, da wir sie noch öfter benötigen, hier wörtlich wiedergegeben: [1])

„Der Absicht des Börsengesetzes, dem Börsentermingeschäfte, insoweit es nach dem speziellen Recht wirksam sein soll, völlige Rechtssicherheit zu gewähren, entsprach es, daß insoweit der Spiel- und Differenzeinwand ausgeschlossen wurde (§ 69). Auch der Entwurf vom 28. November 1906 hat diesen Standpunkt eingenommen und der gegenwärtige Entwurf schließt sich ihm an. Jedoch will er diese Vergünstigung nur dem offiziellen Börsenterminhandel zukommen lassen. Der ohne vorherige Prüfung der Bedürfnisfrage und nach frei gebildeten Geschäftsbedingungen sich abspielende Börsenterminhandel kann einen besonderen Schutz nicht beanspruchen."

In der zweiten Kommissionslesung wurde ein Antrag Nr. 55,[2]) der eine völlige Umgestaltung der Beschlüsse der Kommission in erster Lesung in Anlehnung an die Regierungsvorlage vorsah, zur

[1]) A. A. O. Seite 2612.

[2]) Abgedruckt Anlage II zum Bericht der 15. Kommission. Verhandlungen des Reichstages, Anlagen, Band 247, S. 5199.

Grundlage der Beratungen gemacht.[1]) Dieser Antrag Nr. 55 enthielt unter § 56 den Wortlaut des § 59 des Regierungsentwurfs mit dem erwähnten Zusatz. Dieser Paragraph wurde in der Kommission ohne Diskussion — im Bericht ist jedenfalls nichts bemerkt — angenommen, so daß eine Begründung für diese Aenderung fehlt. Von den Paragraphen, auf die in § 58 BGB., der für die hier zur Erörterung stehende Frage von besonderer Wichtigkeit ist, Bezug genommen ist, haben die §§ 56, 57 vom Entwurfe an keine Veränderung erlitten. Die §§ 50 und 53 keine, die für die Bedeutung des § 58 von Belang wäre, während § 54, als Konzession an die Landwirtschaft, auf Geschäfte in Wertpapieren beschränkt wurde. § 53 wurde allerdings insofern verändert, als in der Kommissionsberatung der Satz 2 des Abs. 1 gestrichen wurde, in zweiter Plenarlesung aber wieder eingefügt wurde. Somit kann unter Berücksichtigung der genannten Veränderung das zur Begründung des § 59, jetzt 58, von der Regierung in ihrem Entwurf Gesagte als Begründung für die Kommissionsbeschlüsse und das geltende Gesetz mit übernommen werden.

Die Bestimmungen des Börsengesetzes über den Börsenterminhandel sind insgesamt zu verstehen als das Ergebnis eines Kompromisses zwischen Freunden und Gegnern der Börse, das im wesentlichen darin bestand, daß zu ungunsten der Börse von den im allgemeinen Privatrecht geltenden Bestimmungen abgewichen wurde, zu ihren Gunsten wiederum von den nach allgemeinem Recht erforderlichen Folgerungen dieser Abweichungen und ausdrücklich Ausnahmen von ihnen bestimmt wurden, die ihrerseits wieder Einschränkungen erlitten.

---

§ 3.

Der Begriff des Börsentermingeschäftes.

Das Börsentermingeschäft stellt heute die vollendetste Art der Beschaffung wirtschaftlicher Güter dar. Dir Entwickelung beginnt bei der Selbstbeschaffung durch Okkupation oder Produktion. Darauf folgt die Beschaffung mittelbar durch Tausch,

[1]) Bericht der 15. Kommission, a. a. O. S. 5172.

das heißt Umsatz eines Gutes gegen ein anderes. Erst wenn ein Gut allgemein als Wertmesser, Geld, anerkannt ist, kann der Kauf der Güter stattfinden, der Umsatz von Ware gegen Geld. Das ältere deutsche Recht kannte zunächst nur den Barkauf, bei dem von beiden Teilen sogleich erfüllt werden mußte, später entwickelte sich der Kreditkauf, bei dem der Verkäufer die gekaufte Ware sofort zu übergeben hatte. Unter dem Einflusse römisch-rechtlicher Anschauungen ward der Kaufvertrag im gemeinen Recht und im BGB. Konsensualvertrag, so daß er entweder sofort oder erst später erfüllt werden kann. Nach der Zeit der Leistung unterscheidet man heute hierbei mehrere Arten des Kaufgeschäftes — der Kauf kommt für unsere Erörterung nur in Frage, da er, trotzdem § 48 Börs.-G. ä. F. von Kauf und sonstigen Anschaffungsgeschäften sprach, die einzige Geschäftsform an der Börse darstellt —. Dadurch, daß § 29 Börs.-G. bestimmt, daß bei Waren oder Wertpapieren, deren Börsenpreis amtlich festgestellt wird, diese Feststellung sowohl für Kassa- wie für Zeitgeschäfte durch den Börsenvorstand erfolgt, soweit die Börsenordnung nicht die Mitwirkung von Vertretern anderer Berufszweige vorschreibt, hat das Börsengesetz in dankenswerter Weise gegenüber den vielen von Fachleuten aufgestellten, jedesmal anders lautenden, feinen aber wertlosen Unterscheidungen geregelt, daß alle Börsengeschäfte in Waren oder Wertpapieren entweder unter die Kassa- oder unter die Zeitgeschäfte fallen, so daß damit, jedenfalls vom Standpunkte des Gesetzes aus, das loco-Geschäft der Warenbörse nur eine besondere Bezeichnung des Kassageschäftes an der Warenbörse ist. Zugleich stellt § 29 Börs.-G. Kassageschäfte und Zeitgeschäfte an der Fondsbörse und an der Warenbörse begrifflich einander gleich. Eine authentische Definition des Kassageschäfts von fachmännischer Seite bringt § 13 der Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse, wonach als Kassageschäft außer den ausdrücklich „per Kasse", „per morgen" oder „per einige Tage" geschlossenen Geschäften auch diejenigen Geschäfte gelten, bei denen die Zeit der Erfüllung nicht ausdrücklich bestimmt ist, falls bei letzteren nicht die aus der Gattung des Wertpapiers, der Zahl der verschlossenen Stücke oder der Höhe der verschlossenen Summe oder aus anderen Umständen mit Sicherheit zu entnehmen ist, daß die

Absicht der Kontrahenten auf ein Zeitgeschäft gerichtet ist. Danach sind Kassageschäfte:

1. „per Kasse", „per morgen", „per einige Tage" geschlossene Geschäfte;
2. auf längere Zeit als „per morgen" geschlossene Geschäfte, sofern sie nicht Zeitgeschäfte sind.

Eine besondere Art der Kassageschäfte stellen die Kontantgeschäfte dar, welche nach dem Reichsstempelgesetz[1]) „vertragsmäßig durch Lieferung des Gegenstandes seitens der Verpflichteten an dem Tage des Geschäftsabschlusses zu erfüllen sind".

Zeitgeschäfte[2]) sind die Geschäfte, in denen einem der Vertragsgegner die Verpflichtung auferlegt ist, seine Leistung an dem im Vertrage festgesetzten Tage, sofern es nicht der Tag des Abschlusses oder der folgende Tag ist,[3]) oder innerhalb der festgesetzten Frist, sofern es nicht längstens „per einige Tage" ist, zu erfüllen. Nach Ansicht Nußbaums[4]) sind die Geschäfte „per morgen" oder „per einige Tage" im Rechtssinne besser als Zeitgeschäfte anzusehen, so daß sie unter Umständen dem Differenzeinwande ausgesetzt seien, doch ist nirgends zu ersehen, weshalb von dem Sprachgebrauche des Verkehrs, auf den die juristische Betrachtung gerade hier angewiesen ist, abgewichen werden soll, zumal das Reichsgericht[5]) die Berufung auf §§ 762, 764 BGB. auch bei Kassageschäften zuläßt, wenn der sich darauf Berufende nachweist, das Kassageschäft sei nur zum Scheine vorgenommen, um das wirklich gewollte Spiel oder Differenzgeschäft zu verschleiern. Ist beim Zeitgeschäft die Frist oder der Zeitpunkt, zu dem geleistet werden soll, genau fest bestimmt, so liegt ein Fixgeschäft[6]) vor, doch muß „die fest bestimmte Frist oder der Termin derartig wesentlich

[1]) Reichsstempelgesetz, Tarif Nr. 4, Befreiungen Ziffer 3, Abs. 2.

[2]) Vgl. Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse § 16.

[3]) An der Münchener Fondsbörse auch der zweitnächste Werktag, Börsenordnung § 43.

[4]) Kommentar, S. 233, Abs. 52.

[5]) Entscheidung des Reichsgerichts vom 13. II. 1907 (Juristische Wochenschrift 1907, S. 279, Bankarchiv Jhrg. 7, S. 242), Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. X. 1902, Band 52, S. 254; vgl. auch Entsch. d. O.-L.-G. Braunschweig (Leipz. Zeitschrift, Band 3, S. 486.)

[6]) § 361 BGB., § 376 HGB.

sein, daß mit der Frist oder dem Termine der Vertrag steht oder fällt."[1]) Das Fixgeschäft stellt den Regelfall des Zeitgeschäfts dar, eine Ausnahme ist zum Beispiel das Wandel- oder Escompt-Geschäft. Eine besondere Art des Zeitgeschäftes in anderer Richtung bildet das Lieferungsgeschäft,[2]) bei dem der Lieferant der Ware seine Leistung zu bestimmter Zeit oder innerhalb bestimmter Frist zu machen hat. Ist hierbei eine festbestimmte Zeit oder Frist wesentlich, so liegt fixes Lieferungsgeschäft vor. Die im Verkehr zumeist vorkommende Art des Zeitgeschäftes ist das Börsentermingeschäft. Es ist Zeitgeschäft deshalb, weil es, wie im Begriff des Termingeschäftes schon liegt, erst zu einem späteren Termine zu erfüllen ist. Es gehört aber außerdem zu der besonderen Gruppe der Lieferungsgeschäfte, da es nicht darauf ankommt, daß der Kaufpreis zu dem vereinbarten Termine gezahlt werde, sondern nur daß die verkaufte Sache an diesem Tage geliefert werde. Von den übrigen Lieferungsgeschäften unterscheidet es sich dadurch, daß es, als Börsengeschäft, nur mit vertretbaren Sachen sich befassen kann und sich beim Abschluß einer besonderen ausgebildeten Geschäftstechnik bedient,[3]) insofern nämlich wesentliche Bestandteile der einzelnen Geschäftsabschlüsse im voraus durch das Gewohnheitsrecht der Börse derart bestimmt sind, daß nur die Vereinbarung des Quantums — und selbst dieses nur in beschränktem Maße — sowie des Preises den Parteien übrig bleibt.[4]) Das Börsengesetz von 1896 bezeichnete in seinem § 48 als Börsentermingeschäfte Kauf oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine fest bestimmte Lieferungszeit oder mit einer fest bestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte

[1]) Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 28. X. 1871, Band 3, S. 275.

[2]) Wie oben Trumpler, Differenzgeschäft nach BGB. und Börs.-G. GZ., Band 50, S. 389 ff; a. A. Ehrenberg, Börsenwesen S. 179.

[3]) Bericht der 15. Kommission, a. d. O. S. 5161: Aeußerung des Vertreters der Regierung: „Das Wesentliche am Börsentermingeschäfte sei seine eigenartige technische Funktion, die sich nicht in einen gesetzlichen Tatbestande auflösen lasse".

[4]) Ehrenberg, Börsenwesen, S. 180.

solcher Art eine amtliche Feststellung von Terminpreisen erfolgt. Das Reichsgericht[1]) fühlte sich an diese Begriffsbestimmung nicht gebunden, sondern ging weit darüber hinaus, indem es auch die Geschäfte als Börsentermingeschäfte behandelte, auf die § 48 nicht paßte, die aber den gleichen wirtschaftlichen Zweck, wie das dort genannte Geschäft erfüllten. Die Novelle von 1908 beseitigte die Begriffsbestimmung entsprechend dem Vorschlage des Entwurfes,[2]) der die Schwierigkeit einer Definition betonte und den Gerichten das Zeugnis ausstellte, sie seien in der Lage gewesen, das Wesen der Börsentermingeschäfte richtig zu erfassen, auch die Abweichungen des Reichsgerichts von der alten Definition noch im einzelnen als richtig verteidigte. Ein Börsenterminhandel benötige weder Geschäftsbedingungen, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, noch die amtliche Feststellung von Terminpreisen; ja es scheine nicht einmal unbedingt erforderlich zu sein, daß die Geschäfte auf eine fest bestimmte Lieferungszeit oder mit einer fest bestimmten Lieferungsfrist geschlossen würden. — Die Begriffsmerkmale sind darnach dem Zwecke des Börsentermingeschäftes und den ergangenen richterlichen Entscheidungen zu entnehmen. Zweck des Börsentermingeschäftes ist es, denjenigen Vertragsgegnern, deren Absicht auf Warenumsatz gerichtet ist, es zu ermöglichen, ihre Aufmerksamseit, — da das übrige stets gleichförmig ist —, lediglich der Preisbildung zuwenden zu müssen, und denjenigen Vertragsgegnern, deren Absicht nicht auf Warenumsatz gerichtet ist, den Spekulanten, d. h. denjenigen, die dem Handel die Gefahr der Preisschwankungen abnehmen, durch die Gleichheit der Abschlüsse und einen fest bestimmten Termin, außerdem jeder Zeit den Abschluß eines Gegengeschäftes zu ermöglichen. Letzterer Gesichtspunkt ist in der Begründung nicht genügend beachtet, wenn dort, wahrscheinlich veranlaßt durch die unter dem alten Gesetz zu dessen Umgehung versuchte Einführung einer vorher vereinbarten Nachfrist von 2 Tagen, der Fixcharakter in Frage gestellt wird.[3]) Das Reichsgericht ist in diesem letzten Punkte der Begründung nicht gefolgt und

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts: Band 42, S. 43; Band 44, S. 103; Band 47, S. 104.

[2]) Verhandlungen des Reichstages, Anlagen, Band 247, S. 2606.

[3]) Gegen diese Auffassung vergleiche Laband, Bankarchiv, Jahrg. 7, S. 83.

hat noch in einer Entscheidung vom 23. November 1908[1]) erklärt, daß unter den Begriff der Börsentermingeschäfte lediglich Fixgeschäfte fallen, so daß ein Börsentermingeschäft nicht vorliege, wenn vereinbart sei, daß der Säumige von dem Nichtsäumigen im Falle des Verzuges eine angemessene Frist nach § 326 Abs. 2 BGB. verlangen könne. Daß der Fixcharakter erforderlich ist, ergibt sich auch aus § 67 Börs.-G., der das handelsrechtliche Lieferungsgeschäft dadurch des Charakters als Börsentermingeschäft entkleidet, daß er ihm durch Abs. 2, Ziffer 1 den Fixcharakter nimmt; die Merkmale unter Ziffer 2 und 3 des genannten Paragraphen wären dazu nicht in der Lage, weil sie auch bei Börsentermingeschäften vorkommen. Schon aus dem Worte Börsentermingeschäfte ergibt sich, daß das Geschäft ein börsenmäßiges sein muß. Gegenstand können nur vertretbare Waren oder Wertpapiere sein. Des weiteren muß das Geschäft unter typischen börsenmäßigen Geschäftsbedingungen geschlossen sein, so daß, dem oben erwähnten Zwecke entsprechend, jederzeit ein Gegengeschäft an der Börse abgeschlossen werden kann. Dazu ist es erforderlich, daß die einzelnen Geschäftsabschlüsse in den gleichen Objekten sich in verschiedenen Beziehungen voneinander nicht unterscheiden. Sie müssen eine einheitliche Lieferungszeit, Lieferungsqualität und Lieferungsquantität aufweisen.[2]) Dieses wird dadurch erreicht, daß die Börsenusancen oder Geschäftsbedingungen einheitliche Bestimmungen darüber enthalten, die, falls nichts Gegenteiliges von den Parteien vereinbart ist, als die normalen, dem Abschlusse zugrunde liegend, angesehen werden. Entstehungsquelle für die Geschäftsbedingungen beim Börsenterminhandel ist gemäß § 50 Börs.-G. der Börsenvorstand. Ueber ihre rechtliche Natur herrscht Streit.[3]) Der Umstand, daß sie bei allen Abschlüssen die gleichen und für diese als Börsentermingeschäfte bezeichnend sind, macht sie zu typischen. Wird ein Zeitgeschäft nach individuellen Bedingungen abgeschlossen, so ist es kein Börsentermingeschäft, denn es kann dessen Funktionen nicht erfüllen, es besteht nicht die Möglichkeit,

[1]) Bankarchiv, Jahrg. 8, S. 78.

[2]) Begründung, a.a.O.S. 2606; Bernstein, das Börsengesetz, S. 197; Nußbaum, Kommentar, S. 232, Abs. 49.

[3]) Vgl. Nußbaum, Kommentar S. 215, Abs. 7.

jederzeit ein völlig gleiches Geschäft abzuschließen, wie es Wesensmerkmal des Börsentermingeschäftes ist.[1]) Das Erfordernis der Einheitlichkeit der Lieferungsqualität bedarf naturgemäß bei Wertpapieren keiner besonderen Beachtung, da die gleichen Wertpapiere stets gleich gut sind. Nicht erforderlich ist, daß die Geschäftsbedingungen vom Börsenvorstand festgesetzt sind. Zu dieser Frage, sowie dazu, inwieweit ein Börsentermingeschäft in Beziehung treten müsse zu einem bestehenden Terminmarkte, auf dem jederzeit ein völlig gleiches Geschäft geschlossen werden könne und auf dem sich für solche Geschäfte Preise und Usancen bilden, die die gleichzeitige Abwickelung großer Mengen von Geschäften im Wege der Ueberweisung und Verrechnung ermöglichen, und der nur im Zusammenhange mit einer Börse sich bilden könne,[2]) hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 16. September 1910 Stellung genommen.[3]) Die Auffassung, Börsentermingeschäft bedeute dasselbe wie ein an der Börse, das ist in den Räumen der Börse und zur üblichen Börsenzeit abgeschlossenes Termingeschäft, wird als rechtsirrig zurückgewiesen. Uebergehend zu zu dem in der Begründung angegebenen Begriffsmerkmal der Beziehung zu einem bestehenden Terminmarkte, bezeichnet die Entscheidung lediglich als ausschlaggebend, daß das Termingeschäft zu einem Preise geschlossen wird, wie er sich infolge des Zusammentreffens und Zusammenwirkens von Börsenbesuchern an der Börse zu bilden pflegt, eine amtliche oder außeramtliche Preisfeststellung brauche nicht zu erfolgen. „Voraussetzung wäre nur," so fährt die Entscheidung fort, „daß Umsatzgeschäfte über das Papier zustande kommen, aus deren Vergleichung ein mittlerer Preis entnommen werden kann, oder anders ausgedrückt, daß sich für die zu handelnde Terminware ein Markt entwickelt hat. (Entscheidungen in Civilsachen, Band 34, S. 121; Band 47, S. 113.) Ist dies der Fall und steht der Terminmarkt in derartigen Beziehungen zu einer Börse, daß die Preisbildung von dort aus in größerem oder geringerem Maße beeinflußt wird, so ist dem auf einer solchen Grundlage sich vollziehenden Terminhandel der Charakter des

[1]) Vgl. Begründung zu Art. III, Abs. 3.
[2]) Begründung, a. a. O., S. 2606.
[3]) Bankarchiv, Jahrg. 10, S. 43 ff.

börsenmäßigen zuzusprechen.“ Das Reichsgericht hält hier seine schon vor der Novelle kundgegebene Ansicht[1]) über die Beziehungen der Börsentermingeschäfte zu einem Börsenpreise aufrecht, obwohl die Begründung zur Novelle dieser Auffassung mit folgenden Ausführungen entgegengetreten war: „Daß das einzelne Geschäft auf dem Terminmarkte selbst, dem es nach seiner Konstruktion angehört und auf den es Bezug hat, zustande kommt, ist dagegen ebensowenig erforderlich, wie, daß dem Abschluß ein Börsenpreis zugrunde gelegt ist. Da die Parteien den Kaufpreis für das einzelne Geschäft besonders vereinbaren, so leuchtet ohne weiteres ein, daß die Preisvereinbarung sich mehr oder weniger unabhängig von den Preisen halten kann, wie sie sich jeweils im eigentlichen Börsenverkehre gebildet haben.“[2]) In Uebereinstimmung mit dieser Ansicht der Begründung macht Nußbaum[3]) gegen die Auffassung des Reichsgerichts weiter noch geltend, der Umstand, daß die Preisbildung für das einzelne Geschäft mit der allgemeinen Kursentwickelung zusammenhänge, liege auf rein tatsächlichem Gebiet und nötige nicht zur Aufstellung eines weiteren Kriteriums für den Begriff des Börsentermingeschäftes; die Schablonenhaftigkeit der Geschäfte und das Vorhandensein eines Terminmarktes bedingten sich tatsächlich gegenseitig, und wo ein Terminmarkt bestehe, müsse sich ein wirtschaftlicher Zusammenhang in der Bildung der Preise für die einzelnen Termingeschäfte geltend machen. Die vom Reichsgericht eingenommene Stellung erscheint aber völlig begründet. Ein Terminmarkt muß vorhanden sein, damit sich überhaupt typische Geschäftsbedingungen entwickeln können, wie sie für das Börsentermingeschäft begriffswesentlich sind, und damit die Möglichkeit bestehen kann, jederzeit ein völlig gleiches Geschäft abzuschließen. Eine Beeinflussung in der Preisbildung ist um deswillen erforderlich, weil die Zeitgeschäfte, die an einem Terminmarkte geschlossen sind, der in seiner Preisbildung selbständig wäre, infolge der geringen Zahl der gleichartigen Abschlüsse kaum die dem Börsentermingeschäfte eigene, im gewissen Sinne ge-

[1]) Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. September 1902, Band 52, Seite 180.

[2]) Begründung zu Art. III, Abs. 4.

[3]) Kommentar S. 237, Abs. 59.

fährliche Funktion, die zu ihrer besonderen gesetzlichen Regelung führte, ausüben könnten.[1])

Das Börsentermingeschäft läßt sich also unter Zugrundelegung der nach dem Willen des Gesetzes maßgeblichen Ansicht des Reichsgerichts definieren als ein fixes Lieferungsgeschäft über Waren oder Wertpapiere, das insofern in Beziehung steht zu einem in gleichen Objekten stattfindenden Terminmarkte, dessen Preisbildung von einer Börse beeinflußt wird, daß jederzeit der Abschluß eines Deckungs- oder Gegengeschäftes möglich ist.

Wie schon erwähnt und infolge der durch die Gleichförmigkeit der Abschlüsse herbeigeführten Beweglichkeit erklärlich ist, dient das Börsentermingeschäft in hervorragendem Maße dem Zwecke der Spekulation und der Arbitrage. Da der Gesetzgeber sich der Erkenntnis nicht verschließen konnte, daß sich im Wirtschaftsleben eine steigende Tendenz der Trennung zwischen Handel und Spekulation geltend mache und die Spekulation für unser Wirtschaftsleben erforderlich sei, anderseits aber auch schwere wirtschaftliche Schäden im Gefolge haben könne, sah er sich zu den komplizierten Gesetzesbestimmungen über den Börsenterminhandel veranlaßt.

Eine Einteilung der Geschäfte des Börsenterminhandels nach verschiedenen Gesichtspunkten möge dazu dienen, die Uebersicht zu erleichtern und das Ziel vorliegender Abhandlung näher zu begrenzen. Mit Rücksicht auf den Zweck, den die Vertragsgegner beim Abschlusse verfolgen, unterscheidet man:[2])

1. fest abgeschlossene Geschäfte, deren Erfüllung sich nach dem Vertragsinhalte für beide Vertragsgegner in eindeutiger Richtung bewegt;
2. bedingt abgeschlossene Geschäfte, bei denen die Lösung der Verbindlichkeit für einen der Vertragschließenden auf zwei Wegen möglich ist: diese sind die Prämiengeschäfte im weiteren Sinne.

Eine besondere Art der ersteren Gruppe bilden die Report- und Prolongationsgeschäfte. Die zweite Gruppe bietet dem betreffenden Vertragsgegner die Möglichkeit, nach dem Stande

[1]) Ueber die weitere Bedeutung des Zusammenhangs im Preise. Vgl. unten Seite 46 f.

[2]) Ehrenberg, Börsenwesen, S. 180; C. V.-Kommentar, S. 187.

seiner Verpflichtungen die ihm günstigste Wahl zu treffen; diese Geschäfte sind ihrer Natur nach stets auf eine spekulative Ausnutzung der Kursbewegungen gerichtet. Im folgenden wollen wir unsere Aufmerksamkeit nicht jeder besonderen Art im einzelnen zuwenden,[1]) sondern nur die fest abgeschlossenen Geschäfte in Betracht ziehen, die am Erfüllungstermine glatt abgewickelt werden.

Der Absicht des Gesetzgebers, schädliche Einwirkungen der Spekulation auf die Preisbildung in gewissen Waren oder Wertpapieren zu verhindern, entsprach es, Börsentermingeschäfte in diesen teils zu verbieten, teils sie von Bedingungen abhängig zu machen. Hinsichtlich der gehandelten Vertragsobjekte lassen sich danach unterscheiden:

I. Verbotene Börsentermingeschäfte:
   1. Unbedingt verbotene Börsentermingeschäfte: in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei; § 65 Börs.-G.
   2. Unter Umständen verbotene Börsentermingeschäfte:
      a) in Anteilen von Bergwerks- und Fabrikunternehmungen, sofern nicht der Bundesrat sie genehmigt hat; § 63 Abs. 1 Börs.-G.
      b) in den Waren oder Wertpapieren, in denen der Bundesrat sie verboten; § 63 Abs. 2 Börs.-G.
      c) unter Bedingungen vom Bundesrat für zulässig erklärte, sofern die Bedingungen nicht eingehalten sind; § 63 Abs. 2 Börs.-G.

II. Nicht verbotene oder erlaubte Börsentermingeschäfte:
   1. Börsentermingeschäfte in Waren oder Wertpapieren, die vom Börsenvorstand zum Börsenterminhandel zugelassen sind; § 50 Börs.-G.
   2. Börsentermingeschäfte in Waren oder Wertpapieren, die vom Börsenvorstand nicht zugelassen sind:
      a) Geschäfte in Objekten, in denen der Börsenterminhandel geduldet ist; § 51 Börs.-G.
      b) Geschäfte in Objekten, deren Zulassung verweigert oder zurückgenommen ist; § 51 Börs.-G.
      c) Geschäfte in Werten, deren Zulassung nicht nachgesucht ist, die auch nicht geduldet sind; § 51 Börs.-G.

[1]) Vgl. Nußbaum, über Prämiengeschäfte zwischen Bankier und Kunden, in Holdheims Mschr., Jahrg. 19 Nr. 1.

Mit dem Börsenterminhandel befaßt sich Abschnitt IV des Börsengesetzes, enthaltend die §§ 50 bis 70. Die §§ 50 und 51 enthalten börsenverwaltungsrechtliche Vorschriften, die §§ 52 bis 70 privatrechtliche Regeln. Von letzteren befassen sich wiederum die §§ 52 bis 62 mit den erlaubten Börsenterminge schäften, die §§ 63 bis 70 mit den verbotenen Börsenterminge schäften, wobei Bestimmungen über das handelsrechtliche Lieferungsgeschäft als Begrenzung des absoluten Verbotes der Börsentermingeschäfte in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei eingeführt sind. § 58 Börs.-G. bezieht sich auf die erlaubten Börsentermingeschäfte.

Das Börsengesetz steht grundsätzlich auf dem Standpunkte, daß durch ein Börsentermingeschäft eine Verbindlichkeit nicht begründet wird; für die verbotenen ist dies im einzelnen ausdrücklich bemerkt, für die erlaubten ergibt es sich aus der Fassung des § 52, wonach ein Börsentermingeschäft nur unter bestimmten Bedingungen wirksam sein soll. Damit wäre im übrigen auch die Bestellung einer wirksamen Sicherheit ausgeschlossen, das zur Erfüllung des Geschäftes Geleistete könnte 30 Jahre lang zurückgefordert werden und auf Grund des Geschäftes könnte nicht aufgerechnet werden. Jedoch ist dieser Grundsatz mit Rücksicht auf den wirtschaftlichen Zweck oder auf Treu und Glauben im Handelsverkehr bei den einzelnen Geschäftsarten mehr oder weniger stark durchbrochen.

I. Bei den verbotenen Börsentermingeschäften:
   1. den unbedingt verbotenen Börsentermingeschäften ist die Rückforderung des auf Grund des Geschäftes Geleisteten deshalb, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat, nach zwei Jahren ausgeschlossen; § 66 Abs. 2 Börs.-G.
   2. den bedingt verbotenen Börsentermingeschäften ist die Rückforderung des auf Grund des Geschäftes Geleisteten deshalb, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat, überhaupt ausgeschlossen; § 64 Abs. 2 Börs.-G.

II. Bei den erlaubten Börsentermingeschäften:
   1. Die Rückforderung des auf Grund des Geschäftes Geleisteten deshalb, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat, ist stets ausgeschlossen; § 55 Börs.-G.
   2. Weitere Rechtswirkungen entstehen nur beim Vorliegen

bestimmter persönlicher oder rechtsgeschäftlicher Voraussetzungen (§ 52 Börs.-G.). Die persönliche Voraussetzung ist, daß die Vertragsgegner bezw. einer von ihnen nach § 53 Börs.-G. börsentermingeschäftsfähig ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, so sind die Börsentermingeschäfte beiderseits voll verbindlich bezw. einseitig verbindlich bezw. sicherbar bezw. aufrechenbar;

a) beiderseits verbindlich sind die Börsentermingeschäfte
   aa) zwischen zwei Börsentermingeschäftsfähigen; § 53 Börs.-G.;
   bb) kraft Fiktion vom Abschlusse an auch die Geschäfte zwischen nicht Börsentermingeschäftsfähigen, bei denen der eine Teil die vereinbarte Leistung an den Vertragsgegner bewirkt hat und dieser sich bei oder nach dem Eintritte der Fälligkeit dem ersteren gegenüber mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt;[1]) § 57 Börs.-G.

b) Einseitig verbindlich ist das Effektentermingeschäft zwischen einem Kaufmanne oder einer Genossenschaft der in § 53 Abs. 1 bezeichneten Art und einem nicht Börsentermingeschäftsfähigen für den Kaufmann oder die Genossenschaft, wenn sie sich eine den Vorschriften des § 54 entsprechende Sicherheit haben bestellen lassen — sogenanntes gedecktes Effektentermingeschäft; § 54 Börs.-G.

c) Sicherbar ist — d. h. es kann wirksam Sicherheit bestellt werden — das gedeckte Effektentermingeschäft nach § 54 Börs.-G. trotz Unverbindlichkeit auch von seiten des Vertragsgegners, der nicht börsentermingeschäftsfähig ist; § 54 Börs.-G.

d) Aufrechenbar, d. h. einseitig aufrechenbar sind Forderungen, d. h. klagbare Ansprüche,[2]) aus Börsentermin-

[1]) Eine Bewirkung der vereinbarten Leistung, durch welche gemäß § 57 Börs.-G. ein erlaubtes unverbindliches Börsentermingeschäft Rechtswirksamkeit erlangt, — richtiger erlangen kann —, ist in der Gutschrift auf Stückekonto nicht zu erblicken. Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 19. November 1910. Bankarchiv, Jhrg. 10, S. 112. Die Frage ist in der Literatur bestritten. Vergleiche auch die Entscheidung des Reichsgerichts vom 29. März 1911, Bankarchiv, Jhrg. 10, S. 273.

[2]) Begründung, a. a. O. S. 2611: „Unter Forderungen aus Börsentermingeschäften im Sinne des § 57 (jetzt 56) sind nur klagbare Ansprüche zu verstehen."

geschäften auf Grund anderer Börsentermingeschäfte auch dann, wenn diese Geschäfte wegen mangelnder Börsentermingeschäftsfähigkeit für den Aufrechnenden eine Forderung nicht begründen; § 56 Börs.-G.

Aus dem Vertragsschlusse allein können sich also nur zwei Börsentermingeschäftsfähige einander verpflichten.

---

§ 4.

Der Begriff des Spieles und die Möglichkeit eines Einwandes aus § 762 BGB. gegenüber Ansprüchen aus Börsentermingeschäften.

§ 58 Börs.-G. spricht von einem Einwande aus den §§ 762 und 764 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Der entsprechende § 69 des Börsengesetzes von 1896 schloß unter den von ihm bestimmten Voraussetzungen, wie erwähnt, nur eine Berufung auf § 764 BGB. aus. Die Motive zu diesem Paragraphen führten dazu aus: der Spieleinwand sei nur insoweit beseitigt, als er sich auf den vertragsmäßigen Ausschluß der Effektiverfüllung stütze, seine Geltendmachung sei aber nicht berührt, soweit er sich auf andere Momente gründe.[1]) In den Fällen, in denen das Geschäft Spiel oder Wette war, ohne Dfferenzgeschäft nach § 764 BGB. zu sein, sollte also ein Einwand aus § 762 BGB. zulässig bleiben. § 58 schließt auch diesen Einwand aus. Die praktische Tragweite dieser Vorschrift kann zweifelhaft erscheinen.

§ 762 BGB. erklärt, daß durch Spiel und Wette eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, daß aber das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete nicht deshalb zurückgefordert werden kann, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat. Damit sind, im Gegensatze zum gemeinen Rechte, Spiel und Wette in ihren privatrechtlichen Wirkungen gleichgestellt, und es kann hinsichtlich dieser gleichgültig sein, ob Spiel oder Wette vorliegt; abgesehen davon, daß ein nach dem Strafgesetzbuch verbotenes Spiel nach § 134 BGB. nichtig ist, somit das Geleistete wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückgefordert werden kann.

[1]) Trumpler, GZ. Bd. 50, S. 497, Anm. 137.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine Begriffsbestimmung des Spieles und der Wette nicht aufgestellt und es der Rechtswissenschaft überlassen, diese aus der Lebensauffassung zu ermitteln. Diese bezeichnet heute ziemlich einheitlich Spiel als die Vereinbarung von Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen zu dem Zwecke, um durch Wagen Gewinn zu erhaschen und die Zeit zu vertreiben,[1]) während als Wette der Vertrag bezeichnet wird, bei dem die Parteien im Meinungskampfe zur Erhärtung des Ernstes ihrer entgegengesetzten Behauptungen sowie zur Herbeiführung einer Entscheidung über die Richtigkeit derselben Gewinn und Verlust vereinbaren.[1]) Besonders zu beachten ist bei Spiel und Wette gegenüber dem später noch näher zu erörternden Differenzgeschäft, daß zu diesen beiden Verträgen entsprechend den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches eine übereinstimmende, auf Spiel oder Wette gerichtete Willenserklärung erforderlich ist, während dies Erfordernis für das Differenzgeschäft nicht besteht.

Unter der Geltung des alten Börsengesetzes hatte Trumpler[2]) die Frage, ob, nachdem durch § 69 dieses Gesetzes der Differenzeinwand in bestimmten Fällen ausgeschlossen war, der Spieleinwand aus § 762 BGB. zulässig bleibe, aus rechtlichen Gründen allgemein verneint. Ein Börsentermingeschäft könne nur entweder reeller Kauf oder Differenzgeschäft im Sinne des § 764 BGB. sein, es könne nicht Spiel sein, ohne Differenzgeschäft im Sinne des § 764 zu sein. Denn der Spielvertrag sei ein in abstacto, durch seinen Inhalt, wirtschaftlich zweckloser Vertrag und stehe daher in unvereinbarem Gegensatz zum Kaufvertrage; und wenn nach der Vorschrift des § 764 ein Geschäft, das seinem Inhalte nach Kauf sei, unter gewissen Voraussetzungen, nämlich wenn es sich als Differenzgeschäft darstelle, als Spiel anzusehen sei, so spreche gerade diese besondere gesetzliche Bestimmung dafür, daß, wenn diese Voraussetzungen nicht vorlägen, ein Kauf nicht als Spiel anzusehen sei. „Um Spiel zu sein", so fährt er dann fort, „muß also ein Börsentermingeschäft notwendig Differenzgeschäft sein, folglich muß

[1]) So Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, 2. Abt., S. 166; ähnlich Crome, Bürgerl. Recht, Bd. II, S. 830 f.

[2]) Trumpler, GZ. Bd, 50, S. 496 f.

der Spieleinwand gegen ein Börsentermingeschäft notwendig Differenzeinwand sein.“ Die Begründung zu § 69 des alten Börsengesetzes hatte diese Ansicht, wie sich aus dem Seite 26 Gesagten ergibt, nicht vertreten. Der Umstand, daß im Gesetz gesagt ist, ein Kaufgeschäft sei dann, wenn es sich als Differenzgeschäft darstelle, als Spiel anzusehen, gibt nicht im mindesten die Berechtigung, umgekehrt daraus die Schlußfolgerung zu ziehen, ein jedes Kaufgeschäft, das nicht Differenzgeschäft im Sinne des § 764 BGB. sei, könne nicht als Spiel angesehen werden. § 764 BGB. besagt dies weder ausdrücklich, noch ist es aus dem Zusammenhange der Vorschriften über das Spiel zu entnehmen, da § 764 nicht einen Untertatbestand des Spieles enthält, sondern einen Tatbestand, dessen Einreihung unter den Spielbegriff ohne besondere Vorschrift höchst zweifelhaft war. Dies beweist die Entstehungsgeschichte des § 764. Einer eingehenderen Erörterung bedarf das andere, erste, von Trumpler vorgebrachte Argument, daß nämlich der Spielvertrag als wirtschaftlich zweckloser Vertrag in unvereinbarem Gegensatze zum Kaufvertrage und somit auch zum Börsentermingeschäfte stehe.

Spiel oder Wette sind rechtlich nur dann erheblich, wenn ihr Ausgang für die Parteien vermögensrechtliche Wirkung hat. Diese vermögensrechtliche Wirkung kann dadurch eintreten, daß der verlierende Teil an den gewinnenden eine Leistung in der Gestalt zu machen hat, daß er ihm eine Sache zu Eigentum übergibt oder Dienste für ihn verrichtet oder ein Werk für ihn herstellt oder in Gestalt eines sonstigen Leistungstatbestandes etwas in dessen Interesse tut. Ueber die rechtliche Beurteilung dieser Leistungsverpflichtungen im einzelnen enthalten die Vorschriften über Spiel und Wette nichts; diese ist aus den Vorschriften über die entsprechenden gesetzlich geregelten Leistungstatbestände des Bürgerlichen Gesetzbuches oder anderer Gesetze zu entnehmen. Dieser Ergänzung bedarf Spiel und Wette, ebenso natürlich Lotterie- und Ausspielvertrag, stets, da für sie, um rechtlich bedeutsam zu sein, eine vermögensrechtliche Wirkung begriffsnotwendig ist, diese aber nicht ohne die Ergänzung rechtlich geregelt werden kann. Spiel und Wette sind „nur besondere Formen, unter welchen die verschieden geartetsten Leistungen versprochen werden

können,“[1]) und mit ihnen können sich alle „typischen Leistungstatbestände des Gesetzes verbinden und so gemischte Verträge eingehen.“[2]) Doch diese gemischten Verträge können wir bei unserer Betrachtung ausscheiden, hier kommen nur in Betracht Verträge, die sowohl Kaufverträge (Börsentermingeschäfte) als auch Spielgeschäfte sind. Diese gemischten Verträge sind Spielverträge, aber sie sind nicht zugleich Kaufverträge oder Werkverträge u. a., sie enthalten nur Leistungstatbestände des Kaufes oder Werkvertrages.

Den Beweis, daß aber auch ein Kaufvertrag gleichzeitig Spiel sein kann, erbringen zwei besondere Arten dieser Vertragsformen, der Hoffnungskauf auf der einen Seite, das Lotteriegeschäft auf der anderen. Der Kaufvertrag ist ein Vertrag, durch den sich die Parteien zum Austausch von Gütern gegen Geld verpflichten. Dieser Geldpreis muß als Gegenleistung für den Kaufgegenstand vorhanden sein. Beim Hoffnungskauf erhält der Verkäufer den Kaufpreis, ob der Kaufgegenstand zur Entstehung gelangt, ist bei Vertragsschluß ungewiß; der Käufer erhält lediglich eine Gewinnchance.[3]) Dieses Geschäft dient volkswirtschaftlichen Zwecken, es nimmt dem Verkäufer (Produzenten) das Risiko ab. Beim Lotteriegeschäft erhält der Käufer in Gestalt eines Loses nach Maßgabe des bezüglichen Lotterieplanes eine Gewinnmöglichkeit. Der Verkäufer erhält den Kaufpreis durch Bezahlung des Loses. Auf seiner Seite ist ein Wagen in der Regel nicht vorhanden, während das unwirtschaftliche Spielmotiv stets unzweifelhaft vorhanden ist, um deswillen das Geschäft auch unter die Spielverträge gerechnet wird. Für das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Kaufvertrages ist dieses Spielmotiv jedoch unerheblich, wenn nur die sonstigen Voraussetzungen vorliegen. Dies ergibt sich auch daraus, daß ein Hoffnungskauf stets Kauf bleibt, auch wenn er in rein spekulativer Absicht geschlossen wird, also mit Spielmotiv. Er unterscheidet sich dann in nichts von dem Lotteriegeschäft. Damit dürfte es als erwiesen anzusehen sein, daß ein Kaufvertrag zugleich auch Spielvertrag sein kann.[4])

[1]) Hoeniger, Die gemischten Verträge. S. 18.
[2]) Ders. a. a. O. S. 27 f.
[3]) Crome Bd. II, S. 408; Dernburg Bd. II, Abt. 2, S. 10.
[4]) Siehe Heck, Die Lebensversicherung usw., S. 33, Anm. 46.

Dieser Vereinigung wäre es begrifflich auch nicht hinderlich, wenn der Kaufvertrag Börsentermingeschäft wäre. Praktische Bedeutung dürfte diesen so gelagerten Rechtsgeschäften, bei denen die Parteien zugleich ein Spiel und ein Börsentermingeschäft als ein einheitliches Rechtsgeschäft vereinbaren, nicht zukommen.

Etwas größere Bedeutung könnte den Rechtsgeschäften zukommen, bei denen die Parteien zunächst ein effektives Börsentermingeschäft vereinbaren, dabei aber Nebenabreden treffen, auf Grund deren die effektive Lieferung doch wieder ausgeschlossen wird, und so die Möglichkeit zur Betätigung der Spiellust gegeben wird. Das sind die Verfahrensarten, die bei Kassageschäften zu Spielzwecken angewandt werden, und mit denen sich das Reichsgericht schon des öftern befaßt hat. Zu dieser Gruppe von Geschäften, die zunächst als Börsentermingeschäfte abgeschlossen werden, durch weitere Abreden aber Spielnatur erhalten, ohne den Charakter als Börsentermingeschäfte zu verlieren, wäre z. B. ein Börsentermingeschäft zu rechnen, bei dem vereinbart würde, daß die gekaufte Ware unter Kreditierung des Kaufpreises an einem bestimmten Tage für Rechnung des Käufers wiederverkauft werden solle[1]) — ein Geschäftsgebaren, in etwa ähnlich den Gegengeschäften beim Differenzgeschäftsverkehr.[2]) Ist dagegen das Börsentermingeschäft simuliert, sind die auf dasselbe hinweisenden Erklärungen im Einverständnisse mit der Gegenseite nur zum Scheine abgegeben und dadurch ein zwischen den Parteien vereinbartes Spielgeschäft verdeckt, so ist das Börsentermingeschäft nach § 117 BGB. nichtig und das Spielgeschäft unterliegt der Beurteilung nach § 762 BGB. Dieser Fall scheidet bei vorliegender Erörterung aus, weil hier überhaupt kein Börsentermingeschäft vorhanden ist, somit auch nicht von einem Einwand gegenüber einem Anspruche aus einem Börsentermingeschäfte die Rede sein kann.

Damit dürften die Möglichkeiten des Spielens in Gestalt von Börsentermingeschäften außerhalb der in § 764 BGB.

[1]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. Oktober 1902. Bd. 52, S. 252.

[2]) Siehe auch Nußbaum, Kommentar, S. 226 ff, Abs. 34—39 und die dort zitierten Entscheidungen.

vorgesehenen Form des Differenzgeschäftes erschöpft sein. Praktische Bedeutung dürfte ihnen im Vergleich zu diesem kaum zukommen, denn, abgesehen von dem ungleich einfacheren und dem Börsentermingeschäfte so angepaßten Verfahren des Differenzgeschäftes, wird dieses auch deswegen eher vorkommen, weil es nicht wie das Spiel eine übereinstimmende, auf das Differenzgeschäft gerichtete Willenserklärung erfordert.

---

§ 5.

Der Begriff des Differenzgeschäftes.

Der Begriff des Differenzgeschäftes wurde wohl zuerst von Thoel in die Rechtswissenschaft eingeführt. Er betrachtet es als einen contractus sui generis, bei dem die Vertragsgegner in übereinstimmender Spielabsicht und unter vertragsmäßigem Ausschluß der Effektivlieferung vereinbartermaßen um die Differenz zwischen Vertragspreis und Marktpreis der Lieferzeit spielen. Im wesentlichen dasselbe, was in modernem Recht unter den Begriff Spiel fällt. Den Begriff des Differenzgeschäftes hat dann das Reichsoberhandelsgericht übernommen und in wiederholter Rechtsprechung scharf ausgebildet. Eine Entscheidung vom 21. November 1874[1]) gibt seine Auffassung von diesem Begriffe in folgender Weise wieder: „Nicht durch die Intention der Parteien, sondern durch deren übereinstimmende Willenserklärung, durch deren erkennbare Vereinbarung, daß das Recht des gewinnenden Teiles wie die Verpflichtung des verlierenden sich auf die Leistung einer Geldsumme beschränken solle, welche der Differenz zwischen dem stipulierten Preise und dem Börsenpreise des Stichtages entspricht, unterscheidet sich das wahre Differenzgeschäft, dessen Gültigkeit oder Klagbarkeit in Frage steht, von dem unzweifelhaft gültigen und klagbaren Spekulationsgeschäft. Die Absicht, Intention, das Motiv einer Erledigung des Geschäftes durch bloße Regulierung der Differenz liegt sehr zahlreichen, vielleicht den meisten Börsengeschäften über Wertpapiere und andere, häufigen Preisveränderungen ausgesetzte Waren zugrunde, sie ist aber für

[1]) Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes. Bd. 15, S. 273 ff.

den juristischen Charakter irrelevant, sofern nicht vertragsmäßig das Recht auf Lieferung bezw. auf Abnahme und Zahlung ausgeschlossen ist."

Den gleichen Standpunkt nahm anfangs das Reichsgericht ein[1]), verließ ihn aber in der Entscheidung vom 12. November 1892.[2]) Hier erachtete es für das Vorliegen eines Differenzgeschäftes eine ausdrückliche dahingehende Vereinbarung nicht mehr für erforderlich, sondern erklärte es für genügend, daß der Wille zum Abschluß eines Differenzgeschäftes aus den Umständen zu ersehen sei. Festgehalten wurde hier in der Rechtsprechung noch das Erfordernis einer, wenn auch stillschweigenden Vereinbarung. Darüber hinaus geht die erstmalige reichsrechtliche Kodifikation des Rechtes des Differenzgeschäftes in § 764 BGB. § 764 sieht von dem Erfordernis der Vereinbarung ab und will ein Geschäft auch dann schon als Spiel betrachten, wenn nur der eine Teil die Absicht hatte, zu spielen, der andere Teil aber diese Absicht kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Gegen die vom Reichsgericht seit 1892 beobachtete Behandlung des Differenzgeschäftes und gegen § 764 BGB. und die anschließende Rechtsprechung wurden aus den Kreisen des Handels schwere Bedenken geltend gemacht. Reichsgerichtsrat Düringer verteidigt die Stellung des Reichsgerichts mit folgenden Ausführungen im Bankarchiv:[3])

„Der Differenzeinwand ist die Verteidigung, daß die Kontrahenten nicht ein Geschäft auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren gegen Entgelt geschlossen haben, sondern, daß sie lediglich ein Glücksspiel eingegangen sind, wobei Gewinn und Verlust durch die Differenz der Kurse am Tage des Abschlusses und am Lieferungstage geschlossen wird. Daß dieses Glückspiel überhaupt gar nicht vorkomme, oder daß die Anwendung des Spieleinwandes auf Lieferungsgeschäfte eine rein theoretische Erfindung sei, wird zwar immer noch in juristischen und volkswirtschaftlichen Ausführungen vertreten; es ist aber

[1]) Z. B. Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Februar 1884, Bd. 12, S. 15 ff.

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 20, S. 28 ff; Düringer, Bankarchiv Jahrg. 6, S. 162, bestreitet, daß das Reichsgericht in dieser Entscheidung seinen früheren Standpunkt verlassen habe, es liege dort nur eine schärfere Beweiswürdigung unter Berücksichtigung der für die stillschweigende Vereinbarung des Spiels maßgebenden konkludenten Umstände vor.

[3]) Jahrg. 6, S. 162 ff.

nicht anzunehmen, daß angesichts der Ergebnisse der Börsen-Enquête und der Erscheinungen des praktischen Lebens diese Auffassung zur Anerkennung gelangt. Das reine Differenzgeschäft ist der direkte Gegensatz eines Kauf- oder Lieferungsgeschäftes.“ — Die Mängel des § 764 BGB. gibt er dagegen unumwunden zu: „Und wenn wirklich das Reichsgericht unter der Herrschaft des älteren Rechtes, in welchem für die Auslegung der Rechtsgeschäfte das sogenannte Willensdogma, die Theorie von der Notwendigkeit der Erforschung des inneren Willens, die vorherrschende war, so weit gegangen wäre“ (wie § 764 BGB.), „so ist anzunehmen, daß nach dem Rechte des BGB., welches auf die Erklärung des Willens das entscheidende Gewicht legt (sogenannte Erklärungstheorie), diese Auffassung nicht hätte beibehalten werden können. Der § 764 charakterisiert sich als ein unter dem Einflusse börsenfeindlicher Tendenzen zustande gekommenes Ausnahmegesetz, das mit dem System des BGB. über die Auslegung der Rechtsgeschäfte nicht im Einklang steht.“

Vor Inkrafttreten des BGB. war das Reichsgericht schon lebhaften Angriffen ausgesetzt gewesen wegen der Umstände, aus denen es auf das Vorhandensein eines Willens zum Abschlusse eines Differenzgeschäftes schloß. § 764 wurde mit Recht aus dem auch von Düringer angegebenen Grunde als Ausnahmegesetz charakterisiert, das außerdem noch technische Unmöglkeiten, wie einen Börsenpreis der Lieferungseit, zur Voraussetzung habe. Sehr eingehend befaßte sich mit § 764 und der anschließenden Rechtsprechung Trumpler,[1]) der unter dem, was

[1]) Trumpler, Differenzgeschäfte nach BGB. und Börs.-G., GZ., Bd. 50, S. 388 ff. Zu diesen Ausführungen Trumplers bemerkt Oertmann, Schuldverhältnisse S. 832, Anm. 2b: „Zweifelhaft aber könnte es erscheinen, ob übrigens das durch § 764 geregelte Geschäft im Sinne der von Trumpler, S. 395, gut entwickelten Unterscheidung ein Differenzgeschäft im Rechtssinne sein muß, oder ob dazu ein solches im wirtschaftlichen Sinne genügt (Geschäft in der Absicht, dem Gegner die entstehende Preisdifferenz zu zahlen — in der Absicht, den Unterschied von Einkaufs- und Verkaufspreis zu gewinnen). Daß § 764 sich auf die 2., juristisch nichts Besonderes bietende Klasse nicht beziehe, dürfte Trumpler, S. 365 ff, 456 ff, schlagend erwiesen haben; der Wortlaut bietet für diese öfter auftretende Anschauung nicht den mindesten Anhalt. Die danach allein unter § 764 fallenden Differenzgeschäfte im Rechtssinne aber kommen, wie Bendixen a. a. O. (Holtheims Mschr., Jahrg. 4, S. 106 ff.) unter Beifall von Trumpler dargelegt hat, im Leben regelmäßig nicht vor, da Geschäfte der einschläglichen Art vielmehr durch Abwickelung erledigt zu werden pflegen.“

bisher in rechtswissenschaftlicher Literatur und Rechtsprechung als Differenzgeschäft bezeichnet wurde, Differenzgeschäfte im Rechtssinne und Differenzgeschäfte im wirtschaftlichen Sinne unterschied. Als Differenzgeschäft im Rechtssinne bezeichnet er das Geschäft, das in § 764 BGB. — bei wörtlicher Auslegung dieses Paragraphen — festgelegt ist,[1]) als Differenzgeschäft im wirtschaftlichen Sinne einen Vertrag, welcher in der Absicht geschlossen wird, bis zum Lieferungstermine die gekaufte Ware teurer weiter zu verkaufen oder die verkaufte Ware billiger anzuschaffen, d. h. mit anderen Worten den Unterschied zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis zu gewinnen.[2]) Auf diese sei § 764 unanwendbar.[3])

Das Reichsgericht ist der Auffassung Trumplers nicht beigetreten und hat seine gegenteilige Ansicht über Differenzgeschäfte in einer Entscheidung vom 24. September 1909 in folgender Weise dargelegt[4]): Eingeklagt war ein in rechtsgültiger Form vertragsmäßig anerkannter Saldo. Der Beklagte machte geltend, sein Verkehr mit dem Kläger sei nur auf Differenzgeschäfte gerichtet gewesen. Das Reichsgericht führt in Uebereinstimmung mit dem Berufungsgericht aus: Ein Differenzgeschäft[5]) sei nur dann dem Spiele gleich zu achten und daher unklagbar, wenn durch ausdrückliche oder auch stillschweigende Vereinbarung der Parteien eine Ausschließung des Rechts und der Pflicht zu effektiver Lieferung und dementsprechend eine Beschränkung der beiderseitigen Rechte und Pflichten auf die Leistungen der aus der Differenz der Börsenkurse sich ergebenden Geldsummen festgestellt worden sei. Da eine ausdrückliche dahingehende Vereinbarung in dem zur Entscheidung stehenden Falle nicht festgestellt wurde, wird eine stillschweigende Vereinbarung vor allem daraus geschlossen,

[1]) A. a. O., S. 395, siehe auch insbesondere S. 405, 450 ff.

[2]) A. a. O. S. 396.

[3]) So die herrschende Meinung, anderer Ansicht Cosak, Handelsrecht, S. 385; Nußbaum Kommentar, S. 221; R. G., s. unten.

[4]) Bankarchiv Jahrg. 9, Seite 45 und 46.

[5]). Differenzgeschäft hier im weitesten Sinne jedes Geschäft, das aus irgend einem Grunde durch Zahlung der Differenz zwischen dem Vertragspreise und dem Preise der Ware zu einer späteren irgendwie bestimmten Zeit erledigt wird. Dieses Differenzgeschäft umfaßt Trumplers Differenzgeschäft im wirtschaftlichen Sinne und das im Rechtssinne.

daß der Kläger habe annehmen müssen, der Beklagte sei weder imstande noch bereit gewesen, seine Engagements effektiv zu lösen. Dieses wird aus verschiedenen, auch in früheren Entscheidungen schon angeführten „Umständen“ oder „Anzeigen“ geschlossen. Daran werde auch dadurch nichts geändert, daß unter den Geschäften, die in Kontokorrentverkehr abgeschlossen seien, Effektivgeschäfte vorgekommen seien, zumal da sie gering an Zahl gewesen seien. Desgleichen wird es für gleichgültig erklärt, ob Kläger angenommen habe, daß der Beklagte regelmäßig rechtzeitig Gegengeschäfte machen werde, es sei aus der betreffenden Tatsache nicht zu entnehmen, daß die Erfüllung der zwischen den Parteien eingegangenen Geschäfte habe zulässig bleiben sollen; es könnten auch Gegengeschäfte zur Abschwächung des Risikos als reine Spielgeschäfte gemacht sein. Damit hat das Reichsgericht entschieden die Theorie Trumplers und seiner Anhänger von dem grundsätzlichen Unterschied zwischen Differenzgeschäften im wirtschaftlichen Sinne und den Differenzgeschäften im Rechtssinne und der Unanwendbarkeit des § 764 auf erstere verworfen, da das Hauptmerkmal der ersteren, der Abschluß von Gegengeschäften für die Existenz des Spielcharakters als unerheblich bezeichnet wird. Dieser Auffassung gibt auch der von Reichsgerichtsräten herausgegebene Kommentar zum BGB.[1] generell Ausdruck: „Außerhalb des Gesetzesbereiches kann aber das Differenzgeschäft nicht gestellt werden durch seine Abwikelung in der üblichen Form des Gegengeschäfts (Deckungsgeschäfts); wenn der Verkäufer nach Abschluß des Differenzgeschäfts einen entsprechenden Kauf oder der Käufer einen entsprechenden Verkauf tätigt, so kann der Charakter des abgeschlossenen ersten Geschäfts dadurch nachträglich nicht geändert werden. Die Erledigung des ersten Geschäfts (Spekulationsgeschäfts) durch ein zweites Geschäft (Realisationsgeschäft) betrifft nur die Form der Abwickelung der Spekulation, ohne die dem ersten Geschäft zugrunde liegende Spielabsicht der Vertragsparteien zu beseitigen.“

Wenn der erste allgemeine Deutsche Bankiertag zu Frankfurt a. M. (1902) einstimmig die Resolution[2]) annahm: „Der

[1]) Band 1, S. 569.

[2]) Siehe Bankarchiv, Jhrg. 6, S. 162.

Bankiertag erklärt auf Grund seiner Sachkenntnis, daß das reine Differenzgeschäft im Sinne des § 764 BGB., in welchem Gegenstand des Vertrages lediglich die Differenz zwischen dem vereinbarten Kurse und dem Kurse des Stichtages ist, an deutschen Börsen nicht vorkommt", so mag das richtig sein, besagt aber auch sehr wenig gegen die Rechtsprechung. Denn die Resolution befaßt sich zunächst nur mit dem reinen Differenzgeschäft,[1]) d. h. demjenigen Geschäft, bei dem bei Vertragsabschluß die übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien auf ein Geschäft gerichtet ist, durch das sie sich zur Zahlung der Differenz zwischen dem für die „verschlossenen" Waren oder Wertpapiere vereinbarten Preise und dem Preise eines späteren Termines verpflichten. Sie erstreckt sich nicht auf das ebenfalls von § 764 BGB. umfaßte „verdeckte Differenzgeschäft",[1]) bei dem die Parteien zwar ein effektives Termingeschäft über Waren oder Wertpapiere vereinbaren, bei dem aber die erkennbare Absicht der Parteien „nicht vorzugsweise auf die Lieferung des Kaufgegenstandes geht, sondern auf die Zahlung der Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreise und dem Kurse des Stichtages,"[2]) vielleicht richtiger, dem Preise eines späteren Termines. — Schwierigkeiten verursacht der Ausdruck in § 764 BGB. „Börsen- oder Marktpreis der Lieferungszeit", weil dieser zur Voraussetzung hat, daß sich ein einheitlicher Börsen- oder Marktpreis ermitteln läßt, insofern als alle Geschäfte dieses Tages zu dem Preise abgeschlossen würden. Gerade die beliebten Spielwerte schwanken außerordentlich im Preise. Bei Waren oder Wertpapieren, deren Börsenpreis amtlich festgestellt wird, dürfte jedoch dieser Preis, wenn er zugrunde gelegt wird, auch die Voraussetzung des § 764 erfüllen; ebenso bei den zu ultimo abgeschlossenen Geschäften der sogenannte Ultimokurs, der meist nicht einmal der Kurs am Ultimotage ist, da er auch bei Regelung der Effektivgeschäfte zu ultimo im Liquidationsverkehr zugrunde gelegt wird. Verfehlt im Ausdruck ist § 764 auch insofern, als er bei Geschäften, bei denen die Lieferung vollständig ausgeschlossen ist, von einer Lieferzeit redet. Doch vermag auch dies die praktische Anwendung

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht, Band II, Abt. 2, S. 170.

[2]) Dernburg, a. a. O.

nicht zu hindern, Lieferzeit ist hier aufzufassen als die Zeit, zu der hätte geliefert werden sollen, wenn nicht die effektive Lieferung ausgeschlossen gewesen wäre.

Vergleicht man die angeführte Resolution des Bankiertages mit dem oben (S. 32 f.) von Düringer Gesagten und einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 29. XII. 1904,[1]) wo es heißt: „Indessen ist dem Reichsgericht in seiner Spruchpraxis der Beweis geliefert, daß Termingeschäfte als reine Geschäfte an deutschen Börsen in bedeutendem Umfange geschlossen sind", so bringt dies zunächst einen Widerspruch der Sachverständigen bezüglich tatsächlicher Feststellungen. Dieser beruht jedoch nicht darauf, daß die Parteien verschiedene Beobachtungen gemacht hätten, sondern darauf, daß sie unter einem Differenzgeschäft im Sinne des § 764 nicht dasselbe verstehen. Das Reichsgericht nimmt ein solches auch dann an, wenn ein Gegengeschäft abgeschlossen ist, während man dies in Handelskreisen nicht will gelten lassen. Das Reichsgericht gelangte zu seiner Auffassung auf Grund folgender Erwägungen. Geschäft und Gegengeschäft sind nicht als eine einheitliche Geschäftsform, sondern jedes für sich zu betrachten. Das Gegengeschäft kann nur dann effektiven Charakter haben, wenn das erste Geschäft eben diesen Charakter hatte, der Käufer die von ihm beim Gegengeschäft verkauften Werte geliefert erhielt. Umgekehrt mußte das zweite Geschäft Spiel sein, wenn das erste Spiel war. Dies natürlich alles unter der Voraussetzung, daß der innere Zusammenhang zwischen erstem Geschäft und Gegengeschäft vorhanden ist. Es ist danach stets auf die innere Natur des ersten Geschäfts abzustellen. Ist dieses Differenzgeschäft, so auch das Gegengeschäft. Das Reichsgericht führt in einem Urteil vom 25. Mai 1895[2]) dazu aus: „Bei einem gänzlich mittellosen Kontrahenten hängt die Art der Auflösung des Geschäftes nicht von seinem Willen ab . . ., er muß von vornherein auf die Differenz ausgehen, und der mit dieser Sachlage bekannte Gegenkontrahent muß damit einverstanden sein, daß die Differenzzahlung der ausschießliche Inhalt des Geschäftes sein soll, wenn überhaupt ein Geschäft zustande kommen soll. Unter solchen Umständen sinkt das

[1]) Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Bd. 4, S. 157.

[2]) Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 20, S. 264.

Deckungsgeschäft zu einer bloßen Form herab, welche nur den Zweck hat, die Differenz der Preise für einen bestimmten Zeitpunkt festzustellen, gleichviel ob dieser Zeitpunkt ein von vornherein festgesezter war oder von einem oder dem anderen Kontrahenten frei gewählt werden durfte.« Diese getrennte Beurteilung von erstem Geschäft und Gegengeschäft erscheint begründet, wobei das erste Geschäft maßgeblich bleiben muß. Werden die Geschäfte zwischen denselben Parteien abgeschlossen, so wird ohne weiteres meist die mangelnde Absicht des Umsatzes ersichtlich sein. Wird das Gegengeschäft vom Käufer mit einem Dritten abgeschlossen, so kann auch dieses selbständiges Spielgeschäft sein und für das erste Geschäft nur die Bedeutung haben, die Differenzberechnung zu ermöglichen. Die Anwendung des § 764 wird aber dadurch nicht behindert, daß der „Börsen- oder Marktpreis der Lieferzeit« durch ein Gegengeschäft festgestellt wird.

Die Resolution wird wohl insofern richtig sein, als derartige Differenzgeschäfte an der Börse selbst wenig abgeschlossen werden. Die Börsenbesucher finden sich nicht zu dem Zwecke dort ein. Die Form des verdeckten Differenzgeschäftes erscheint noch besonders unbrauchbar, weil es mit dem Börsenbetriebe unvereinbar sein dürfte, einer der Erklärung widerstreitenden Absicht, wenn sie auch erkennbar ist, Wert beizulegen oder besonders zu erforschen. Das Anwendungsgebiet des § 764 beim Börsenterminhandel wird danach bei den Geschäften zwischen den Börsenkommissionären und ihren Kunden zu suchen sein.

Für vorliegende Erörterung kämen natürlich nur wiederum die Differenzgeschäfte in Frage, die zugleich auch Börsentermingeschäfte sind. Reine Differenzgeschäfte können das nie sein, da diese vereinbartermaßen nur auf die Preisdifferenz gerichtet. Sie wären also unter den verdeckten Differenzgeschäften zu suchen. Zu beachten bleibt dabei, daß solche Geschäfte als Börsentermingeschäfte nach §§ 116 Satz 2 oder 117 BGB. nichtig sein können. Im Falle des § 117 läge dann lediglich ein Differenzgeschäft vor, ein Fall, der aus vorliegender Abhandlung ausscheidet, da es sich dann auch nicht mehr um einen Einwand aus § 764 gegenüber Ansprüchen aus Börsentermingeschäften handeln könnte.

Im folgenden wollen wir nun unsere Aufmerksamkeit der Gestaltung der Rechtslage in dem Falle zuwenden, daß auf ein Börsentermingeschäft die Begriffsmerkmale des Spieles oder Differenzgeschäftes zutreffen.

Praktisch ohne Interesse ist der Fall, daß die Vertragsobjekte verbotene Waren oder Wertpapiere sind. Solche Geschäfte sind schon als verbotene Börsentermingeschäfte unverbindlich und es wird hierbei ein Spiel- oder Differenzeinwand in Wirklichkeit wohl niemals geltend gemacht werden. Denn der Beweis, daß ein verbotenes Börsentermingeschäft vorliege, ist sofort erbracht durch Hinweis auf das Vertragsobjekt, der Erfolg ist im allgemeinen der gleiche, bei Börsentermingeschäften in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei auf Grund des Verbotes nach § 66 Abs. 2 Börs.-G. bedeutend günstiger für den Schuldner, insofern nämlich das auf Grund des Geschäftes Geleistete zwei Jahre lang, deshalb, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat, zurückgefordert werden kann, während bei Differenzgeschäften eine derartige Rückforderung ausgeschlossen ist. Dazu kommt, daß der Richter das Vorliegen eines verbotenen Börsentermingeschäftes ebenso wie das eines Spieles oder Differenzgeschäftes von Amtswegen zu beachten hat, daß aber ersteres an seiner Form und den Vertragsobjekten für ihn leichter als solches erkennbar ist, während die spielerische Absicht womöglich erst auf besonderen Hinweis einer Partei aus den schwierigsten Umständen geschlossen werden muß.

Praktisch dagegen von hohem Interesse ist die Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschrift über Spiel und Differenzgeschäft auf den nicht verbotenen oder erlaubten Börsenterminhandel, da diese Geschäfte teils verbindlich sind, teils gewisse andere schwächere Rechtswirkungen zu äußern vermögen, welche die §§ 762, 764 bis auf den Ausschluß der Rückforderung des einmal Geleisteten beseitigen würden, einschließlich der Verbindlichkeit einer zur Erfüllung des Geschäftes übernommenen Novation oder eines Schuldanerkenntnisses. Für einen Teil der erlaubten Börsentermingeschäfte sind gegen die Wirkungen der §§ 762, 764 BGB. gewisse Sicherheiten durch § 58 Börs.-G. geboten. Wie weit diese Sicherheiten reichen, wollen wir auf Grund einer eingehenden Untersuchung des genannten § 58

Börs.-G., der der Auslegung erhebliche Schwierigkeiten bietet, zu ermitteln versuchen, um danach die Anwendbarkeit der §§ 762, 764 BGB. auf den Börsenterminhandel, soweit er von § 58 Börs.-G. nicht getroffen wird, zu erörtern.[1])

---

§ 6.

Die Regelung des Spiel- und Differenz„einwandes" bei verbindlichen Börsentermingeschäften in zugelassenen Werten nach § 58 Satz 1 Börs.-G.

§ 58 des Börsengesetzes spricht von einem Einwande aus den §§ 762 und 764 BGB. gegenüber Ansprüchen aus Börsentermingeschäften. Da Spiel und Differenzgeschäft eine Verbindlichkeit nicht begründen, hat der Richter jede Klage aus diesen Verträgen schon von Amtswegen abzuweisen und nicht erst eine Einwendung (im Sinne des BGB. oder Einrede in prozessualem Sinne) abzuwarten. Mit dieser Tatsache das Wort „Einwand" in Einklang zu bringen, hat Schwierigkeiten verursacht. Gegenüber der von Nußbaum[2]) vertretenen Auffassung, als sei Einwand gleichbedeutend mit Einwendung, muß darauf hingewiesen werden, daß Einwendung ein feststehender juristisch-technischer Ausdruck ist, der alle Widerspruchsbehauptungen einer Partei bezeichnet, während das Wort „Einwand" keineswegs in der Rechtswissenschaft den gleichen festen Begriff bezeichnet. Wäre dies der Fall, so wäre streng genommen, wie auch Nußbaum ausführt, durch § 58 Satz 1 Börs.-G. wohl den dort bezeichneten Parteien die Berufung auf die Natur des Geschäftes als eines Differenzgeschäftes entzogen, der Richter müßte aber pflichtgemäß trotzdem die Vorschrift des § 764 berücksichtigen und eine Klage aus dem Geschäft abweisen. Damit wäre dann allerdings § 58 Satz 1 sinnlos und ließe sich nur durch die von Nußbaum beliebte

---

[1]) In Rücksicht darauf, daß einem Einwande lediglich aus § 762 kaum praktische Bedeutung zukommt, sei im folgenden im Interesse der Darstellung in der Regel nur von einem Differenzeinwande aus § 764 BGB. gesprochen.

[2]) Nußbaum, Kommentar, § 58, Anm. 2c, S. 292.

gewaltsame Behandlung retten. Nun liegt aber kein Grund vor, Einwand ebenso wie Einwendung lediglich auf Parteibehauptungen zu erstrecken und dadurch § 58 Satz 1 widersinnig zu machen, da der Ausdruck Einwand sonst in der Rechtssprache in diesem Sinne nicht vorkommt. Aus dem Inhalte des § 58 ist „Einwand aus dem § 764 BGB." zu bestimmen als Hinweis auf die durch diesen Paragraphen bestimmte Unverbindlichkeit.

Eine ähnliche, aber ebenfalls zu beseitigende Schwierigkeit erhebt sich dadurch, daß § 58 von Ansprüchen redet. Nußbaum[1]) bemerkt dazu: „Auf unverbindliche — also weder unbeschränkt (§§ 53, 57) noch beschränkt (§ 54) verbindliche — Termingeschäfte bezieht sich § 58 jedenfalls unmittelbar nicht, da er «Ansprüche» und mithin verbindliche Geschäfte voraussetzt." Bei richtiger Würdigung des Begriffes Anspruch, so wie er hier zu verstehen ist, wird sich diese Ansicht als irrig erweisen und die Schwierigkeit beseitigen lassen. Der Begriff Anspruch wurde auf Anregung Windscheids (die Aktio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts) in die deutsche Rechtssprache eingeführt. Er fand allgemeine Aufnahme, doch gingen die Ansichten über seine Tragweite sehr auseinander. Er wurde in verschiedene Gesetze aufgenommen, aber seine Bedeutung ist auch hier nicht einheitlich. Es ist zu unterscheiden: Anspruch in privatrechtlichem Sinne und Anspruch im prozessualischen Sinne. Anspruch in privatrechtlichem Sinne ist nach § 194 BGB. das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, „die rechtliche Zuständigkeit (Befugnis) zum Ansprechen, also die (materiellrechtliche) Befugnis von einem anderen eine gewisse Leistung (ein Tun oder Unterlassen) zu verlangen".[2]) Dagegen ist Anspruch als prozessualischer Ausdruck „die Handlung des Ansprechens (die tatsächliche Verfolgung der in dem subjektiven Recht enthaltenen Befugnis). Jemand verlangt von einem anderen etwas, das einem subjektiven Recht entsprechen könnte (nicht notwendig, ihm wirklich entspricht: denn ob das behauptete Recht in Wahrheit existiert, ist hier einstweilen noch völlig ungewiß). In dieser Weise erhebt man gerichtlich einen Anspruch auf Grund der Behauptung einer Leistungsverpflich-

[1]) Nußbaum, Kommentar § 58, Anm. 4, S. 294.
[2]) Crome, Bürgerliches Recht, Band 1, S. 178.

tung des Gegners".[1]) So sind unter Ansprüchen bald die wirklich begründeten, bald die angeblichen Ansprüche zu verstehen. Die Zivilprozeßordnung gebraucht den Ausdruck einheitlich in prozessualischem Sinne (§ 253 ZPO.). Ebenso gleichmäßig gebraucht ihn das Bürgerliche Gesetzbuch in privatrechtlichem Sinne, wenn es sich darum handelt, materielles Recht zu verleihen; daran ändert auch nichts der Umstand, daß der Ausdruck in den §§ 1958, 1961, 2213 BGB. in anderem Sinne gebraucht ist. Denn hier wird nicht ein materielles Recht gegeben, sondern nur bestimmt, gegen wen sich der vermeintlich oder wirklich Berechtigte wenden soll. Daraus ergibt sich aber doch, daß der Begriff des Anspruchs überall dort, wo er vorkommt, an jeder Stelle eines jeden Gesetzes für sich auszulegen ist. Bei Privatrechtsgesetzen spricht die Vermutung für die eine, bei Prozeßgesetzen für die andere Bedeutung.[2]) Der materiellrechtliche Anspruch beruht seinem Wesen nach auf der persönlichen Richtung der subjektiven Rechte, die ihrerseits nur insofern von Bedeutung ist, als man auf Grund ihrer von einem Einzelnen oder jedermann etwas verlangen kann, erforderlichenfalls im Wege der Klage durchsetzen kann. Ein solcher Anspruch kann deshalb nicht entstehen aus einem unverbindlichen Börsentermingeschäft und aus einem Spielgeschäft, obwohl auch hier ein Rechtsverhältnis zugrunde liegt, was dadurch anerkannt wird, daß der Gläubiger das Recht hat, das zur Erfüllung freiwillig Geleistete zurückzubehalten.[3]) In § 58 Börs.-G. ist nun von Ansprüchen aus Börsentermingeschäften die Rede, gegen die ein Einwand aus den §§ 762 und 764 BGB. zulässig ist, oder richtiger unter Weglassung des „Einwandes", die auf Grund von §§ 762, 764 BGB. unverbindlich sind. Daraus ergibt sich, daß hier nur Ansprüche im prozessualischen Sinne in Frage kommen können, wenn nicht die Vorschrift des § 58 Satz 2 sinnlos sein soll. Nußbaum sucht diese m. E. notwendige Folgerung seiner Ansicht, daß nämlich, wenn unter Ansprüchen nur solche aus verbindlichen Geschäften zu verstehen wären, die Vorschrift des § 58 Satz 2 sinnlos wäre, dadurch zu umgehen, daß er hier unter den

[1]) Crome, Bürgerliches Recht, Bd. 1, S. 178.
[2]) Vgl. Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB., S. 196.
[3]) Vgl. Crome a. a. O. Band 1, S. 550.

Ansprüchen einmal das Recht des Gläubigers (Bankiers) versteht, Befriedigung aus der Sicherheit zu suchen,[1]) das andere Mal das Recht des einen Vertragsgegners gegen eine Forderung aus Börsentermingeschäften auf Grund anderer unverbindlicher erlaubter Börsentermingeschäfte aufzurechnen.[2]) Diese Auffassung ist aber um deswillen irrig, weil § 58 in Satz 1 wie in Satz 2 von Ansprüchen aus Börsentermingeschäften, also schuldrechtlichen Ansprüchen spricht, während der Anspruch des Bankiers auf Befriedigung aus der Sicherheit ein Anspruch aus einem dinglichen Recht, also ein dinglicher Anspruch ist, und die Möglichkeit, durch Aufrechnung seine Schuld zu tilgen, ebenfalls kein Anspruch aus einem Börsentermingeschäft ist, sondern ein Recht ist, das kraft Gesetzes dem Schuldner zusteht.[3]) Außerdem wird der Einwand aus § 764 BGB. nicht gegenüber dem Begehren, Befriedigung aus der Sicherheit zu suchen oder aufzurechnen, erhoben, wie es Nußbaum glauben machen will, sondern gegen das zugrunde liegende Börsentermingeschäft — nur dieses kann Differenzgeschäft sein — und dann, wenn dieses auf Grund des § 764 BGB. unverbindlich ist, die Haftung der Sicherheit und die Aufrechenbarkeit hinfällig zu machen. Da die Vorschriften des Börsengesetzes, mit denen wir es hier zu tun haben, aber privatrechtlicher Natur sind, müssen sich für die von uns angenommene Auslegung des Anspruches nach

[1]) Nußbaum a. a. O., § 58, Anm. 2 d., S. 293: „Dagegen sind die Geschäfte für den Kunden trotz gestellter Sicherheit nicht schlechthin verbindlich, sondern der Gläubiger (Bankier) kann lediglich Befriedigung aus der Sicherheit suchen (§ 54 Abs. 1). Gegenüber diesem Anspruch des Gläubigers bleibt der Einwand aus den §§ 762, 764 BGB. an sich zulässig. Indem jedoch in § 58 Satz 2 vorgeschrieben wird, daß auf den Einwand die §§ 54 bis 56 entsprechende Anwendung finden sollen, ist festgestellt, daß der Differenz- oder Spieleinwand weder die Wirksamkeit der Sicherheitsbestellung noch die Zulässigkeit der Aufrechnung (§ 56) beseitigen kann."

[2]) Nußbaum a. a. O., § 58, Anm. 4, S. 294: „Denn wenn auch aus letzteren (den nicht zugelassenen Termingeschäften) nicht eigentlich „Ansprüche" (§ 58 Satz 1) entspringen, so wirkt die aufrechenbare Forderung in bezug auf die Aufrechnung doch eben wie ein Anspruch und muß deshalb insoweit wie ein solcher behandelt werden."

[3]) Unabhängig von dem Geschäft, unverjährbar (§ 390 BGB.), während der Anspruch verjährt (§ 194 BGB.), nicht im Wege der Klage durchzusetzen, eine Einrede wie die der Verjährung.

dem oben erkannten Grundsatze besondere Anhaltspunkte ergeben. Das Börsengesetz braucht den Ausdruck sechsmal, in den §§ 6, 31, 47, 48, 49 und 58. In den erstgenannten vier Paragraphen ist er zweifellos gleichbedeutend mit klagbarem Recht, also in privatrechtlichem Sinne gebraucht. Ebenso zweifellos in § 49 in prozessualischem Sinne. Zugunsten der Auslegung in prozeßrechtlichem Sinne spricht der Umstand, daß in der Begründung zu § 57 (jetzt 56) gesagt ist:[1]) „Unter Forderungen aus Börsentermingeschäften im Sinne des § 57 sind nur klagbare Ansprüche zu verstehen", die Begründung also für die Auslegung des Wortes „Anspruch" im privatrechtlichen Sinne einen besonderen diesbezüglichen Zusatz für erforderlich hält, daß ferner nur bei dieser Auslegung in die Vorschrift des § 58 Satz 2 ein Sinn hineinzulegen ist, sowie daß durch das Wort Einwand ein gewisser prozeßrechtlicher Einschlag in die Bestimmung doch hineingekommen ist. Jedenfalls soll diese Auslegung hier als maßgebend angesehen werden.

Es wurde früher dargelegt, daß § 58 Börs.-G. die Aufgabe habe, die Anwendbarkeit der Bestimmungen über das Differenzgeschäft mit ihren Folgen zu beseitigen. Satz 2 beseitigt nur gewisse Folgen, während Satz 1 die Anwendbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen überhaupt verneint.

Die Voraussetzungen, unter denen die Berufung auf die Spielnatur des Geschäftes ausgeschlossen sein soll, beziehen sich teils auf den Gegenstand, das Objekt des Geschäftes, teils auf die Person der Vertragsgegner. Danach ist eine objektive Voraussetzung und eine subjektive Voraussetzung für den Ausschluß der Berufung auf die Spielnatur zu unterscheiden. Die objektive Voraussetzung besteht darin, daß es sich handeln muß um „Ansprüche aus Börsentermingeschäften in Waren oder Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind (§ 50)". Der Zusatz „in Waren oder Wertpapieren" zu „Börsentermingeschäften" ist nur aus grammatikalischen Gründen angebracht, um die Erläuterung „die zum Börsenterminhandel zugelassen sind (§ 50)" zu ermöglichen, es gibt keine anderen Börsentermingeschäfte als in Waren und Wertpapieren.

Von Bedeutung ist dagegen der Hinweis in der Klammer auf § 50. Es ergibt sich hieraus, daß aus § 50 zu entnehmen

[1]) Verhandlungen des Reichstages, Anlagen, Bd. 243, S. 2611.

ist, was unter „zum Börsenterminhandel zugelassen“ zu verstehen ist. § 50 enthält die börsenverwaltungsrechtlichen Vorschriften über die Zulassung von Waren und Wertpapieren zum Börsenterminhandel durch den Börsenvorstand.

Damit ist zunächst erklärt, daß hier „zugelassen“ nicht etwa bedeutet „gesetzlich zugelassen“ gleich „nicht verboten“, sondern „nach Vorschrift des § 50 durch den Börsenvorstand zugelassen“. Der Börsenterminhandel ist eine besondere Art des Terminhandels überhaupt. Den Börsenhandel in Wertpapieren hat das Gesetz im volkswirtschaftlichen Interesse an einen besonderen Zulassungsakt geknüpft, der nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen darf, während Waren ohne die Zulassung unter Benutzung der Börseneinrichtungen jederzeit an der Börse gehandelt werden können. Das Börsengesetz enthält zwar keine ausdrückliche Vorschrift, daß die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenterminhandel nur nach vorhergehender Zulassung zum Börsenhandel erfolgen dürfe, doch muß dies aus der spezielleren Natur des Börsenterminhandels, in Ermangelung gegenteiliger Vorschrift geschlossen werden. Dies auch aus dem Grunde, weil sonst möglicherweise der Zweck des Erfordernisses der Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, nämlich der Schutz des Publikums, vereitelt würde, obwohl anderseits das Börsentermingeschäft dem Unkundigen, Nichtbörsentermingeschäftsfähigen, wenn er sich ungünstig verpflichtet hat, mancherlei Gelegenheit bietet, sich der Verbindlichkeit zu entziehen. Nach alledem muß es als erforderlich angesehen werden, daß Wertpapiere zunächst nach Vorschrift des Abschnitt III des Börsengesetzes zum Börsenhandel überhaupt zugelassen sein müssen.[1]) Zu beachten ist dabei, daß die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel, wie sich notwendig aus §§ 36 und 37 Börs.-G. ergibt, an jeder Börse durch eine Zulassungsstelle erfolgt, also für jede Börse einzeln nötig ist. Sind die Wertpapiere zum Börsenhandel zugelassen, so treten sie in den Genuß der Börseneinrichtungen, können von den Kursmaklern vermittelt werden und werden im Kurszettel notiert. Privatrechtliche Wirkung hat diese Zulassung nicht, anders die Zulassung zum Börsenterminhandel. Nach § 50 müssen also

[1]) So auch Nußbaum, a. a. O. § 58, Anm. 2. a.

Waren und Wertpapiere nach näherer Bestimmung der Börsenordnung zum Börsenterminhandel zugelassen sein, nachdem zunächst die Wertpapiere durch die Zulassungsstelle derselben Börse zum Börsenhandel zugelassen sind. Aus der Fassung des § 50 Abs. 1: „Die Zulassung erfolgt durch den Börsenvorstand" ergibt sich, daß auch der Börsenvorstand einer jeden Börse eine Zulassung nur mit Wirkung für seine Börse erklären kann, der Börsenvorstand ist eben nur der zuständige Börsenvorstand. Diese Auffassung muß auch um deswillen beibehalten werden, weil die Zulassung zum Börsenterminhandel von Wertpapieren abhängig ist von einer vorausgegangenen Zulassung zum Börsenhandel überhaupt und diese auch immer nur für eine einzelne Börse erfolgen kann.[1])

Die Zulassung hat börsenpolizeilich die Wirkung, daß die Börsentermingeschäfte in den zugelassenen Waren und Wertpapieren eintreten in den Genuß der Börseneinrichtungen, die Vermittelung durch die Kursmakler und die Veröffentlichung in den Preislisten, und zwar an der Börse, deren Vorstand die Zulassung erklärt hat (§ 51 Börs.-G.). Diese Vorschrift läßt sich leicht durchführen, da sie sich nur auf die im Börsengebäude zur Börsenzeit abgeschlossenen Geschäfte erstreckt und der Börsenvorstand an die nachgeordneten Organe nur die Anweisung braucht ergehen zu lassen, die Geschäfte in den nicht zugelassenen Waren oder Wertpapieren nicht zu berücksichtigen. § 58 Börs.-G. knüpft nun aber an die Zulassung eine besondere privatrechtliche Wirkung, insofern gegenüber zugelassenen Geschäften für bestimmte Kontrahenten eine Berufung auf die Spielnatur ausgeschlossen sein soll.[2]) Damit taucht die schwierige Frage auf, inwieweit Börsentermingeschäfte, auch wenn sie nicht an der Börse selbst abgeschlossen sind, von der Zulassung als mitumfaßt anzusehen sind.[3]) Sämtliche Börsentermingeschäfte, die an der Börse selbst abgeschlossen worden sind, werden, falls von dem betr. Vorstand in ihren Objekten eine Zulassung erfolgt ist, jedenfalls als zugelassen im Sinne

[1]) a. A. anscheinend Bernstein, Börs.-G. § 58, Anm. III 2b, S. 262.

[2]) Ueber die Bedenklichkeit dieser Maßnahme vgl. Wildhagen, D. J. Z. 1907, Sp. 1281 ff, und Düringer, Bankarchiv Jahrg. 7, S. 115.

[3]) Die Frage ist in der bisherigen Literatur m. W. unerörtert geblieben, jedoch ist sie immerhin von praktischer Bedeutung.

des § 58 anzusehen sein. Weiter werden von einer Zulassungserklärung mitbetroffen die Geschäfte, die außerhalb der Börse, aber mit Beziehung auf den dort stattfindenden Terminmarkt, auf dem jederzeit der Abschluß eines Gegengeschäftes möglich ist, abgeschlossen sind. Ferner gehören dazu die Geschäfte, die an einem Terminmarkte abgeschlossen werden, der nicht Börse ist, dessen Preisbildung aber von der zulassenden Börse beeinflußt wird; als letzte schließlich die Geschäfte, die außerhalb eines Terminmarktes, aber mit Beziehung zu diesem abgeschlossen sind, sofern der Terminmarkt von der zulassenden Börse in der Preisbildung beeinflußt wird. Alle diese Geschäfte fallen unter die vom Reichsgericht gegebene und hier zugrunde gelegte Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäftes. Auf demselben Wege, auf dem das Reichsgericht die zum Begriffe des Börsenmäßigen erforderliche Beziehung zu einer Börse hergestellt hat, nämlich mittels der Preisbeeinflussung, muß und kann die Beziehung zu der Zulassungsinstanz hergestellt werden, da nur der Vorstand einer Börse im Sinne des Börsengesetzes eine Zulassung mit den angegebenen privatrechtlichen Wirkungen erklären kann. Würde man die Beziehung nicht herstellen, so würden alle Geschäfte, die nicht im Börsengebäude und zur Börsenzeit abgeschlossen sind, den Schutz des § 58 Börs.-G. nicht beanspruchen können, während sie den Bestimmungen über die Unverbindlichkeit der Börsentermingeschäfte unterlägen. Es liegt aber kein Grund vor, diese Geschäfte ungünstiger zu stellen, entspricht auch nicht der Absicht des Gesetzes. Wie weit eine Zulassungserklärung reicht, welche Geschäfte sie umfaßt, wird sich demnach meistens auf Grund einer tatsächlichen, allerdings schwierigen Untersuchung feststellen lassen, sie wird ebenso weit reichen, wie die Einflußsphäre der betr. Börse reicht.

Sind Waren oder Wertpapiere einmal zugelassen, so äußert die Zulassung auch ihre Rechtswirkung ohne Rücksicht darauf, ob die Zulassung zu Recht erfolgt ist oder nicht,[1]) da die Voraussetzungen der Zulassung in eine Anweisung an den Börsenvorstand gekleidet sind, und von einer geringeren

[1]) Ebenso Nußbaum, a. a. O. § 58, Anm. II a, S. 291; Cahn, Börsengesetz S. 279: „Der formelle Akt der Zulassung genügt; ob die Zulassung zu Recht erfolgt ist oder nicht, ist gleichgültig."

Wirksamkeit der nicht zu Recht erfolgten Zulassung nicht die Rede ist. Es kann auch unmöglich den Parteien, die unter dem Schutze des § 58 Börs.-G. Geschäfte abschließen wollen, zugemutet werden, in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob die Zulassung der Waren oder Wertpapiere, in denen sie einen Abschluß machen wollen, vom Börsenvorstand zu Recht erfolgt ist oder nicht, ob dieser z. B. die erforderliche Erklärung des Reichskanzlers eingeholt hat. Juristisch betrachtet erscheint die ganze Maßnahme der Verquickung der börsenpolizeilichen Zulassung mit privatrechtlicher Wirkung einigermaßen bedenklich, und berechtigt ist die Kritik Bernsteins:[1]) „So sehr es wirtschaftspolitisch erwünscht sein mochte, der Entscheidung des zuständigen Börsenorgans über das Bedürfnis nach einem Börsenterminhandel in bestimmten Waren oder Wertpapieren durch die materiell-rechtlichen Folgen, welche § 58 an sie knüpft, eine erhöhte Bedeutung zu gewähren, so unerwünscht erscheint juristisch die hier vorgenommene Verquickung börsenpolizeilicher und zivilrechtlicher Gesichtspunkte. Die Frage, ob ernstes Geschäft oder Spielgeschäft, steht mit der Zulassung oder Nichtzulassung zum Börsenterminhandel in keinerlei Zusammenhang. Noch größer wird die Unklarheit dadurch, daß die Entschließung des Börsenvorstandes über die Zulassung zum Börsenterminhandel von lokalbegrenzter, die materiell-rechtliche Vorschrift des § 58 von lokalunbegrenzter Geltung ist.“ Letztere Unklarheit zu heben wurde soeben versucht. Die Verschiedenheit in der Behandlung der Börsentermingeschäfte hinsichtlich des Differenzeinwandes danach, ob sie in zugelassenen oder nicht zugelassenen Werten abgeschlossen sind, erscheint nun allerdings insofern innerlich doch einigermaßen berechtigt, als der Börsenvorstand als sachverständiges Organ entscheiden kann, ob eine Spekulation in den fraglichen Objekten eine volkswirtschaftlich wertvolle und erwünschte Tätigkeit ist, oder ob sie dieses nicht ist, also keine Werte schafft oder mit anderen Worten ihrer inneren Natur nach schon mehr unter das Spiel gehört. Jedoch läßt sich danach trotzdem nicht beurteilen, ob das einzelne Geschäft nun ein ernstes Geschäft oder Spiel sein wird.

---

[1]) Bernstein, Börsengesetz § 58, Anm. III 1, S. 260f.

Gar keine innere Berechtigung läßt sich aber dafür anführen, Geschäfte als ernste Kaufgeschäfte oder Spiele zu behandeln, je nachdem ob sie nach den vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeschlossen sind oder nicht.

§ 58 enthält keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, daß seinen Schutz nur diejenigen Geschäfte beanspruchen könnten, die nach den vom Börsenvorstand festgesetzten Bedingungen abgeschlossen sind, im Gegensatze zu der bisherigen Literatur muß auch behauptet werden, daß sich dieses in keiner Weise aus dem Wort „zugelassen" mit dem Hinweis auf § 50 ergibt. Denn § 50 besagt bezüglich der Geschäftsbedingungen nur: „Vor der Zulassung sind die Geschäftsbedingungen für den Börsenterminhandel in den zuzulassenden Waren oder Wertpapieren festzusetzen." Diese Bestimmung ist börsenverwaltungsrechtlicher Natur und eine Anweisung an den Börsenvorstand. Aus dem Wortlaute „Vor der Zulassung sind die Geschäftsbedingungen festzusetzen" ergibt sich, daß die Festsetzung der Geschäfsbedingungen nicht zu der eigentlichen Zulassung gehört, kein Bestandteil derselben ist, und da ferner eine einmal erklärte Zulassung, auch wenn sie nach den bestehenden Vorschriften hätte versagt werden müssen, gültig ist, kann auch eine für § 58 wirksame Zulassung erfolgen, ohne daß überhaupt vorher Geschäftsbedingungen festgesetzt sind. Der Zweck der Bestimmungen über die Geschäftsbedingungen ist nach der Begründung[1]) darin zu erblicken, daß das Gesetz dadurch, daß es auf die Festsetzung von Geschäftsbedingungen für den Börsenterminhandel und die Benutzung dieser Bedingungen durch den Verkehr hinwirke, einen weiteren Ersatz für die fehlende Begriffsbestimmung schaffe. Soweit dies in § 51 durch die börsenpolizeiliche Maßnahme geschieht, daß ein Börsenterminhandel, der nach Geschäftsbedingungen stattfindet, die von den festgesetzten Geschäftsbedingungen abweichen, durch Anordnung des Börsenvorstandes von der Benutzung der Börseneinrichtung und der Vermittlung durch die Kursmakler ausgeschlossen wird, ist es zu billigen. Privatrechtliche Folgen daran zu knüpfen, vor allen, danach zu entscheiden, ob ein Geschäft ernst gemeint sei oder Spiel sei, muß logisch unmöglich und juristisch weit

[1]) Begründung, a. a. O., S. 2607.

bedenklicher erscheinen als die Beurteilung danach, ob die verschlossenen Objekte zugelassen sind oder nicht. Apt führt dazu aus,[1]) das Gesetz wolle dadurch, daß es auf Festzetzung von Geschäftsbedingungen für den Börsenterminhandel und die Benutzung dieser Bedingungen im Verkehr durch Ausschluß des Differenz- und Spieleinwandes hinwirke, den Gerichten einen Anhalt geben, um einen offiziellen Börsenterminhandel als solchen erkennen und die Grenzen gegenüber dem gewöhnlichen Lieferungshandel ziehen zu können. Danach ist der Ausschluß des Differenz- und Spieleinwandes dazu da, damit die Vertragsgegner die vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen einhalten, und diese, damit die Gerichte ein Börsentermingeschäft von einem gewöhnlichen Lieferungsgeschäft unterscheiden können. Wäre das richtig, so wäre allerdings die Einhaltung von Geschäftsbedingungen wesentliche Voraussetzung für die Anwendung des § 58, da sonst sein Zweck verfehlt wäre. Die Begründung, an deren Wortlaut sich Apt bei seinen Ausführungen anlehnt, spricht aber nicht von einem Hinwirken auf die Benutzung der Bedingungen „durch Ausschluß des Differenz- und Spieleinwandes". Sie hat bei ihren Ausführungen vielmehr den Einfluß der börsenpolizeilichen Maßnahmen des § 51 Börs.-G. im Auge. Der Umstand, daß in der Begründung an anderer Stelle gesagt ist, daß ein nach freigebildeten Geschäftsbedingungen abgeschlossenes Börsentermingeschäft einen besonderen Schutz nicht beanspruchen könne, kann in Anbetracht dessen, daß dies jedoch aus dem Gesetzestexte in § 58 nicht zu entnehmen ist, vielmehr danach die hier vertretene gegenteilige Auffassung begründet erscheint, nicht dazu führen, gegenüber den früher angegebenen gewichtigen Gründen diese herrschende Auffassung beizubehalten. Daß das Reichsgericht sich an die Begründung nicht gebunden fühlt, hat es dadurch bewiesen, daß es im Gegensatz zu ihr das Erfordernis der Beziehung zu einem Terminmarkte als eines Begriffsmerkmales des Börsentermingeschäftes aufgestellt hat.

Praktisch wird die Frage wohl nicht von allzugroßer Bedeutung sein, da die vom Börsenvorstand festgesetzten Geschäftsbedingungen die an der betreffenden Börse üblichen

[1]) Apt, Börsengesetz § 50, Anm. 5, S. 166.

sein werden, und alle Geschäfte danach abgeschlossen werden, um ihre Funktion als Börsentermingeschäfte überhaupt ausüben zu können, während die an einem anderen Terminmarkte abgeschlossenen Geschäfte aus dem gleichen Grunde dessen Geschäftsbedingungen beobachten werden. Für diese wäre die Frage dann allerdings von sehr großem praktischem Werte, sofern natürlich die Geschäftsbedingungen des Terminmarktes nicht die gleichen sind wie die der zulassenden Börse. Wäre die herrschende Ansicht richtig, so könnten sie, auch wenn sie von einer Zulassung mitbetroffen werden, den Schutz des § 58 nicht beanspruchen, wenn sie nach den Bedingungen ihres Terminmarktes abgeschlossen sind, diese aber nicht die gleichen sind wie die von dem Börsenvorstand der preisbeeinflussenden und zulassenden Börse festgesetzten.

Jedenfalls aber müssen die Geschäftsbedingungen typischen Charakter haben, denn sonst sind die Geschäfte, wie oben (Seite 19 f.) ausgeführt wurde, überhaupt keine Börsentermingeschäfte.

Lebhaft umstritten ist die Frage, ob nur die an einer inländischen Börse erfolgte Zulassung durch § 58 einen Schutz vor dem Differenzeinwand begründet oder auch eine an einer ausländischen Börse erfolgte Zulassung. Nach § 61 Börs.-G. finden die Vorschriften der §§ 52 bis 60 Börs.-G. auch dann Anwendung, wenn das Geschäft im Auslande geschlossen oder zu erfüllen ist, entgegen den sonstigen Grundsätzen des internationalen Privatrechts. § 61 spricht nicht von einer entsprechenden Anwendung und auch nur von einem Abschluß oder einer Erfüllung im Ausland. Wörtlich ist sonach auch § 58 mit dem Hinweis auf § 50 zur Anwendung zu bringen. Nach § 1 des Börsengesetzes ist eine Börse im Sinne des Börsengesetzes nur eine deutsche Börse, ein Börsenvorstand im Sinne des § 50 kann auch nur der Vorstand einer deutschen Börse sein, und nur ein solcher kann — bei Waren nach eingeholter Erklärung des Reichskanzlers, daß er zu weiteren Ermittelungen keinen Anlaß habe — eine wirksame Zulassung erklären. Die oberste Kontrolle durch den Reichskanzler müßte bei einer im Ausland erfolgten Zulassung doch wohl stets fehlen. Falls eine Zulassung durch eine ausländische Börse dem § 58 ebenfalls genügen sollte, wer sollte dann bestimmen, welche ausländischen Märkte

als Börse anzusehen sind? Die Ansicht, daß eine Zulassung an ausländischen Börsen gleichberechtigt sei, wird in der Literatur von Apt[1]) und Neukamp[2]) vertreten. Wenn Apt ausführt, nach § 61 finde auf die Geschäfte an ausländischen Börsen zwar die Bestimmung des § 58, nicht aber die Bestimmung der §§ 50, 51 Anwendung, so ist dabei nicht beachtet, daß § 58 in sich, in der Anfügung von „§ 50" hinter „zugelassen", nicht nur einen Hinweis enthält, den man erforderlichenfalls unberücksichtigt lassen könnte, sondern eine ganz genau bestimmte Bedingung für seine Anwendbarkeit, die nicht einmal eine analoge Anwendung auf Auslandsbörsen zuläßt, die sicher nicht deshalb, weil die an ausländischen Börsen ausgeführten Geschäfte sie nicht erfüllen können, nach Belieben, wie Apt es tut, unberücksichtigt gelassen werden kann. Apt behauptet zur Begründung seiner Ansicht, irgend ein Anhalt für die Absicht, daß die Geschäfte an ausländischen Börsen schlechter gestellt werden sollten, ließe sich aus dem Gesetze und den Materialien nicht anführen; jedoch dürfte dies auch nicht erforderlich sein.[3]) Das deutsche Börsengesetz will die Rechtsverhältnisse an deutschen Börsen regeln unter Berücksichtigung der dort gegebenen Bedingungen. Wenn es ausnahmsweise den Schritt tut, entgegen den sonstigen Grundsätzen des internationalen Privatrechts, Regeln für Auslandsgeschäfte aufzustellen, damit nicht, wie sich aus der Begründung ergibt, die deutsche Spekulation dadurch, daß sie bei Anwendung ausländischer Gesetze besser gestellt werde, sich ins Ausland flüchte, so ist diese Vorschrift strikte zu interpretieren und lediglich daraus zu entnehmen, daß diese Geschäfte Vergünstigungen, deren Bedingungen sie nicht erfüllen, nicht beanspruchen können. Gegenüber der Ansicht Nußbaums,[4]) der unter entsprechender Anwendung des deutschen Börsengesetzes die Gleichstellung der an einer ausländischen Börse erfolgten Zulassung mit dem inländischen Terminhandel dort als gerechtfertigt ansehen will, wo für die Zulassung zur offiziellen

[1]) Apt, a. a. O., § 58, Anm. 2, S. 191.

[2]) Rehm, Trumpler u. a., C. V. Kommentar § 61, Anm. 6, S. 266.

[3]) Man beachte allerdings dabei z. B. den Umstand, daß nach § 53 Abs. 2 Ziffer 2 Ausländer an BTG. gebunden sind, ohne daß in ihrer Person die sonst von Inländern zu ihrem Schutze verlangten Voraussetzungen vorzuliegen brauchen.

[4]) Nußbaum, Kommentar § 58, Anm. II b, S. 292.

Terminnotiz gesetzliche oder statutarische Vorschriften nach Art des § 50 bestehen sollten, sei auf die schon vorgebrachten Bedenken verwiesen, insbesondere darauf, daß von einer analogen Anwendung nicht die Rede sein kann, ferner darauf, daß es auch hier nicht dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden kann, zu entscheiden, ob dort, wo die Zulassung erfolgt ist, gesetzliche oder statutarische Vorschriften nach Art des § 50 bestehen. Wenn aber Nußbaum zu einer Verneinung der Gleichwertigkeit der durch eine ausländische Börse erfolgten Zulassung kommt um deswillen, weil das Ausland fast durchweg nur eine in freier Weise erfolgende Zulassung zur amtlichen Börsennotiz habe, diese aber der im Deutschen Reich vorgeschriebenen Zulassung zum Terminhandel deswegen nicht gleichgestellt werden könne, weil, wie die Begründung in ersichtlicher Uebereinstimmung mit dem Sinne des Gesetzes bemerke, „ein ohne vorherige Prüfung der Bedürfnisfrage und nach frei gebildeten Geschäftsbedingungen sich abspielender Börsenterminhandel einen besonderen Schutz (nämlich gegen Differenz- und Spieleinwand) nicht beanspruchen könne", so ist dieses Bedenken bezüglich der Prüfung der Bedürfnisfrage im wesentlichen unbegründet. Die Prüfung der Bedürfnisfrage ist zum Schutz der heimischen Volkswirtschaft angeordnet, u. a. zwecks Verhinderung von „Schwänzen". Dafür im Ausland in gleicher Weise zu sorgen, hat unsere Gesetzgebung unmittelbar kein Interesse. Aus diesem Grunde dürfte deshalb die Ablehnung nicht begründet erscheinen. Die hier entwickelte Ansicht hat auch jüngst das Oberlandesgericht Dresden in einer Entscheidung vom 21. Februar 1911 vertreten:[1]) „Als offizielle[2]) gegen den

[1]) Bankarchiv, Jahrg. 10, S. 190.

[2]) Diese Unterscheidung zwischen „offiziellen" und „inoffiziellen" Börsentermingschäften anzuwenden, wurde in vorliegender Abhandlung vermieden. Schon Nußbaum (Kommentar S. 291, Fußnote 1) erklärt, diese Bezeichnung für „zugelassene" und „nicht zugelassene" B. T. G. erscheine nicht bezeichnend genug. Aber nicht nur das, sie ist auch in der bisherigen Literatur ungenau, da unter „offiziell" sowohl „zugelassen", ohne daß es auf die Geschäftsbedingungen ankommt, als auch „zugelassen und nach den festgesetzten Geschäftsbedingungen abgeschlossen" verstanden wird und entsprechendes unter „inoffiziell" verstanden wird. Sie erscheint hier völlig unbrauchbar, da es, wie festgestellt ist, für das „zugelassen sein" völlig unerheblich ist, ob die Geschäftsbedingungen eingehalten sind.

Spiel- und Differenzeinwand grundsätzlich geschützte Börsentermingeschäfte gelten Börsentermingeschäfte in Wertpapieren nur dann, wenn diese Papiere bei einer deutschen Börse zum Börsenterminhandel zugelassen sind.“[1]) Die Geschäftsbedingungen haben wir bereits allgemein als unwesentlich abgelehnt.

Somit kann nur eine durch einen inländischen Börsenvorstand erklärte Zulassung als dem Erfordernis des § 58 genügend angesehen werden.[2]) Für die Anwendung des § 58 im Verein mit § 61 bleiben die Geschäfte in solchen Waren oder Wertpapieren, die von dem Vorstand einer inländischen Börse zugelassen sind und mit der schon erwähnten Beziehung auf diese Börse im Auslande abgeschlossen sind oder mit dieser Beziehung auch anderswo abgeschlossen, im Auslande zu erfüllen sind.

Damit sind die objektiven Voraussetzungen, unter denen der Spiel- und Differenzeinwand ausgeschlossen ist, erschöpft. Es müssen noch bestimmte subjektive Voraussetzungen hinzutreten, das heißt die Vertragschließenden müssen in ihrer Person bestimmte Bedingungen erfüllen. § 58 sagt, der Einwand kann nicht von demjenigen erhoben werden, für welchen das Geschäft nach den Vorschriften der §§ 53, 54, 57 verbindlich ist. Verbindlich sind aber, wie sich aus der Aufstellung Seite 24 ff. ergibt, die erlaubten Börsentermingeschäfte:

---

[1]) Auch das Reichsgericht ist dieser Ansicht in einer Entscheidung vom 14. Juni 1911 (Jur. Wochenschrift, Jahrg. 40, Nr. 16, S. 782) beigetreten. In dieser Entscheidung wird ausgeführt: „Wenn der deutsche Gesetzgeber den von ihm in den §§ 50 ff. als rechtswirksam anerkannten Börsenterminhandel gegenüber dem gemeinen bürgerlichen Recht durch den Ausschluß des Spieleinwandes privilegiert hat, so konnte er dies nur tun, nachdem er zum Schutze des Publikums weitgehende Kautelen, namentlich gegen arglistige Beeinflussung der Kurse, aufgestellt hatte. Insbesondere darf die Zulassung von Waren zum Börsenterminhandel erst erfolgen, nachdem der Börsenvorstand in jedem einzelnen Falle Vertreter der beteiligten Erwerbskreise gutachtlich gehört, das Ergebnis dem Reichskanzler mitgeteilt und dieser erklärt hat, daß er zu weiteren Ermittlungen keinen Anlaß finde. Selbst wenn eine Auslandsbörse hinsichtlich der Zulassung zur amtlichen Notierung ähnliche Kautelen hätte wie die deutschen, so wäre damit vom Standpunkt des deutschen Gesetzgebers aus doch nicht die gleiche Garantie geboten, welche nur die Organe des eigenen Staates bieten.“

[2]) Ebenso außer Bernstein Staub, Nachtrag Anm. 81 c, S. 43, Jacusiel, a. a. O. S. 580.

1. für zwei börsentermingeschäftsfähige Vertragsgegner;
2. für den börsentermingeschäftsfähigen Vertragschließenden der in § 53 Abs. 1 Börs.-G. bezeichneten Art, der sich für ein Effektengeschäft eine Sicherheit entsprechend § 54 Börs.-G. hat bestellen lassen;
3. für Vertragschließende, die nicht börsentermingeschäftsfähig sind, wenn entsprechend § 57 der eine Teil bei oder nach dem Eintritt der Fälligkeit sich dem anderen Teil gegenüber mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt und der andere Teil diese Leistung an ihn bewirkt hat.

Liegen die genannten objektiven Voraussetzungen vor, so können, und das ist der Zweck und Inhalt des § 58 Satz 1, die drei Gruppen, für die das Geschäft verbindlich wäre, wenn es keinen Spielcharakter hätte, auch die Leistung um deswillen nicht verweigern, weil es diesen Spielcharakter hat.

Staub[1]) behauptet, der Grundsatz des § 58 Satz 1 sei nicht dahin zu verstehen, daß nun auch auf Lieferung und Abnahme oder auf Zahlung Zug um Zug geklagt werden könne, sondern es unterstehe nun das ganze Geschäft den Abwickelungsgrundsätzen, die für den offiziellen Börsenterminhandel der betreffenden Börse aufgestellt seien. Diese Auffassung ist irrig, denn die Abwickelungsgrundsätze sind nicht derart, daß danach eine Effektivlieferung und Abnahme oder Zahlung Zug um Zug ausgeschlossen wäre; die Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fonds-Börse, die die dortigen Abwickelungsgrundsätze enthalten, geben beispielsweise in ihrem § 19 dem nicht säumigen Teile das Recht, auf Erfüllung zu bestehen oder Zwangsregulierung vorzunehmen. Außerdem liegt eine Verpflichtung zur Lieferung und Abnahme oder zur Zahlung Zug um Zug im Wesen des Börsentermingeschäftes begründet; daran ändert nichts, daß die Vertragsgegner sich möglicherweise durch ein Gegengeschäft decken.[2]) Ist aber effektive Erfüllung durch Vereinbarung ausgeschlossen und ein Geschäft lediglich um eine Preisdifferenz abgeschlossen, so liegt, wie bereits früher ausgeführt, kein Börsentermingeschäft, sondern nur ein reines Differenzgeschäft vor. Aus diesem kann naturgemäß nicht auf effektive Lieferung oder Abnahme geklagt werden.

[1]) Staub, Nachtrag Anm. 27a, S. 21.

[2]) Vergl. Bernstein, Börsengesetz, § 58, Anm. III 3a, S. 263.

§ 7.

Der Spiel- und Differenzeinwand bei unverbindlichen Börsentermingeschäften in zugelassenen Werten nach § 58 Satz 2 des Börsengesetzes.

Es wurde früher dargelegt, daß die Börsentermingeschäfte, die nicht verbindlich sind, doch gewisse Rechtswirkungen zu äußern vermögen. Das zu ihrer Erfüllung Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe; für das Geschäft kann — allerdings nur nach Maßgabe des § 54 Börs.-G. — wirksam Sicherheit bestellt werden; gegen Forderungen aus verbindlichen Börsenterminggeschäften kann auch auf Grund nichtverbindlicher Börsentermingeschäfte aufgerechnet werden. Die erste der genannten Rechtswirkungen der unverbindlichen Börsentermingeschäfte, die sogenannte Erfüllbarkeit, geht ihnen auch dann nicht abhanden, wenn sie Differenzgeschäfte sind, da durch §§ 764, 762 Abs. 1 Satz 2 BGB. auch für Differenzgeschäfte die Möglichkeit der Rückforderung des Geleisteten um deswillen, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat, ausgeschlossen ist. Die beiden übrigen Rechtswirkungen den unverbindlichen Börsentermingeschäften, oder richtiger gesagt — mit Rücksicht auf § 54 Börs.-G. — den Börsentermingeschäften, soweit sie unverbindlich sind, auch wenn sie Spielcharakter haben, zu erhalten, bezweckt § 58 Satz 2 Börs.-G., welcher lautet: „Soweit gegen die bezeichneten Ansprüche ein solcher Einwand zulässig bleibt, finden die Vorschriften der §§ 54 und 56 über die Befriedigung aus der Sicherheit und die Zulässigkeit der Aufrechnung entsprechende Anwendung."

Im Regierungsentwurf lautete der Satz einfach: „Soweit ein solcher Einwand zulässig usw." Wäre dies Gesetz geworden. so wäre die von Hemptenmacher[1]) trotz des veränderten Wortlautes auch heute noch vertretene Auffassung, wonach Satz 2 alle nicht verbotenen Börsentermingeschäfte umfasse, richtig gewesen; aber dadurch, daß die Kommission in zweiter Lesung einfügte „gegen die bezeichneten Ansprüche" ist das Geltungsgebiet des Satzes 2 wesentlich eingeschränkt. Die bezeichneten An-

[1]) Hemptenmacher, Börsengesetz, § 58, Anm. 3, S. 200 f.

sprüche sind die in Satz 1 bezeichneten, und das sind „Ansprüche aus Börsentermingeschäften in Waren oder Wertpapieren, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind (§ 50).“

Weiter wird vorausgesetzt, daß gegen die Ansprüche ein Einwand aus den §§ 762, 764 BGB. zulässig ist. Die Fälle, in denen dieser Einwand unzulässig ist, sind in § 58 Satz 1 Börs.-G. bestimmt, es bleiben danach noch übrig als Fälle, in denen der Einwand zulässig ist:

I. Börsentermingeschäfte zwischen Nichtbörsentermingeschäftsfähigen: hier für beide Teile zulässig;

II. Börsentermingeschäfte zwischen einem Börsentermingeschäftsfähigen und einem Vertragsgegner, der nicht börsentermingeschäftsfähig ist:

1. Geschäfte über Waren: stets für beide Teile zulässig;
2. Geschäfte über Wertpapiere:
   a) wenn gemäß § 54 Börs.-G. Sicherheit bestellt ist: nur für den nicht börsentermingeschäftsfähigen Besteller (Kunde) zulässig;
   b) wenn nicht gemäß § 54 Börs.-G. Sicherheit bestellt ist: für beide Teile zulässig.

Auch in allen diesen Fällen wird der Differenzeinwand auf Grund von § 58 Satz 1 unzulässig, wenn das Geschäft nachträglich gemäß § 57 verbindlich wird.

Bleibt der Einwand zulässig, dann sollen die Vorschriften der §§ 54 und 56 über die Befriedigung aus der Sicherheit und die Zulässigkeit der Aufrechnung entsprechende Anwendung finden. § 54 direkt angewandt, bewirkt, daß eine Sicherheitsbestellung unter gewissen, näher angegebenen Umständen wirksam erfolgen kann, obwohl das Geschäft sonst infolge mangelnder Börsentermingeschäftsfähigkeit nicht verbindlich ist. Der Zweck dieser Vorschrift besteht also darin, daß die Sicherheitsbestellung wirksam ist, obwohl das Geschäft an sich infolge des Mangels der Börsentermingeschäftsfähigkeit für den Besteller unverbindlich ist. In § 58 Satz 2 beruht die Unverbindlichkeit darauf, daß das Geschäft Differenzcharakter hat, auch hier kann ohne weiteres eine Sicherheit nicht wirksam bestellt werden; dies wird erst dadurch erreicht, daß unter im übrigen genau gleichen Bedingungen die Vorschrift des § 54 zur An-

wendung kommt auf ein Geschäft, das infolge seines Differenzcharakters unverbindlich ist und deshalb nicht sicherbar wäre.

§ 56 bestimmt, daß gegen eine Forderung aus einem Börsentermingeschäft auch auf Grund anderer eine Forderung nach §§ 52—54 nicht begründender Termingeschäfte aufgerechnet werden könne.

In Erweiterung der Bestimmung des § 387 BGB., wonach nur fällige gleichartige Forderungen (also klagbare) durch einseitige Erklärung gegeneinander aufgerechnet werden können, wird die Aufrechnung auch auf Grund solcher Börsentermingechäfte zugelassen, die infolge Mangels der Börsentermingeschäftsfähigkeit nicht verbindlich sind, also eine Forderung nicht begründen. Die Geschäfte, auf die sich § 58 Satz 2 bezieht, können an sich zur Aufrechnung ebenfalls nicht benutzt werden, weil sie als Differenzgeschäfte eine Verbindlichkeit nicht begründen, also auch eine Forderung, wie es § 387 BGB. verlangt, nicht erzeugen können. Im Grunde der Unverbindlichkeit unterscheiden sich auch hier die Geschäfte, auf die sich § 56 unmittelbar bezieht, und die Geschäfte des § 58 Satz 2, und deshalb soll die Vorschrift des § 56 in § 58 entsprechend angewendet werden.

Die Fälle, in denen der Einwand aus den §§ 762, 764 BGB. zulässig ist, sind oben dargelegt. Die entsprechende Anwendung des § 54 Börs.-G. hat zur Bedingung, daß die Verhältnisse des Geschäftes, abgesehen von der Verschiedenheit des Grundes der Unverbindlichkeit genau so liegen wie in diesem Paragraphen. Diese Bedingung kann nur das oben (Seite 57) unter II 2a angegebene Börsentermingeschäft über Wertpapiere zwischen einem Kaufmanne und einer Genossenschaft der in § 53 Absatz 1 bezeichneten Art einerseits und einem Nichtbörsentermingeschäftsfähigen anderseits erfüllen, wenn außerdem entsprechend § 54 Absatz 2 Satz 2—5 Sicherheit bestellt ist. In diesem Falle kann die Vorschrift des § 54 über die Befriedigung aus der Sicherheit Anwendung finden; will also der Sicherheitsbesteller (Kunde) nicht erfüllen, weil Differenzgeschäft vorliege, so kann er zwar nicht zur Erfüllung gezwungen werden, aber der Vertragsgegner darf sich trotz der Unverbindlichkeit des Geschäfts aus der Sicherheit befriedigen.

In allen oben (Seite 57) genannten Fällen, in denen der Differenzeinwand zulässig ist, kann dagegen die Vorschrift

des § 56 über die Zulässigkeit der Aufrechnung entsprechende Anwendung finden.

Zunächst kommen hier in Betracht Börsentermingeschäfte zwischen zwei Nichtbörsentermingeschäftsfähigen. Durch den Geschäftsabschluß allein kann allerdings zwischen diesen eine Verbindlichkeit und Forderung für keinen Teil entstehen und deshalb auch nicht nach § 56 aufgerechnet werden. Wenn aber der eine Teil, A, an den Vertragsgegner B frühestens mit Fälligkeit geleistet hat und B sich mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt hat, seinerseits aber die ihm obliegende Gegenleistung nicht erfüllt, so steht dem A auf Grund von § 57 Börs.-G. eine klagbare Forderung in Höhe dieser Gegenleistung zu. Schließen sie nun ein weiteres Geschäft, aus dem dem B ein gleichartiger unverbindlicher Anspruch erwächst, so kann B mit diesem, falls beide Leistungen fällig sind, einseitig auf Grund von § 56 Börs.-G. aufrechnen.[1]) Sind nun beide Geschäfte Differenzgeschäfte, so kann sich B gegenüber der Forderung des A nicht auf §§ 764, 762 BGB berufen, weil das Geschäft für ihn nach § 57 Börs.-G. verbindlich ist und ihm deshalb dieser Einwand durch § 58 Satz 1 versagt ist. Will B aufrechnen, so ist er darin vor einem Differenzeinwande des A durch § 56 nicht geschützt, denn dieser schwächt nur die Wirkung des Mangels der Börsentermingeschäftsfähigkeit. Erst die in § 58 Satz 2 vorgeschriebene entsprechende Anwendnng des § 56 bei Vorhandensein des Differenzcharakters gibt dem B das Recht, trotzdem einseitig aufzurechnen.

Genau ebenso verhält es sich in den unter II. 1 und II. 2b angegebenen Fällen: Bei Börsentermingeschäften zwischen einem Börsentermingeschäftsfähigen und einem Vertragsgegner, der die Börsentermingeschäftsfähigkeit nicht besitzt, über Waren sowie über Wertpapiere, wenn nicht den Vorschriften des § 54 Börs.-G. entsprechend Sicherheit bestellt ist. Auch in diesen Fällen kann eine Forderung nur nach Maßgabe des § 57 Börs.-G. entstehen; gegen diese kann ebenfalls nach §§ 56 und 58 aufgerechnet werden.

[1]) Schließen sie ein weiteres Geschäft, aus dem diesmal nachträglich (§ 57) dem B eine klagbare Forderung erwächst, so können diese schon auf Grund § 387 BGB. gegeneinander aufgerechnet werden. Ein Spieleinwand berührt diese verbindlichen Forderungen nicht; dies verhindert § 58 Satz 1 Börs.-G.

Etwas anders verhält es sich bei Börsentermingeschäften über Wertpapiere zwischen einem Börsentermingeschäftsfähigen und einem Vertragsgegner, der nicht nach § 53 Absatz 1 Börs.-G. börsentermingeschäftsfähig ist, wenn gemäß § 54 Sicherheit bestellt ist. Der Besteller hat hier eine Forderung mit Geschäftsabschluß bezw. Sicherheitsbestellung erworben, die für ihn durch § 58 Satz 1 vor dem Differenzeinwande gesichert ist. Der Sicherheitsempfänger hat neben dem Rechte auf Befriedigung aus der Sicherheit, das durch § 58 Satz 2 geschützt ist, das Recht gegenüber der Forderung des Bestellers mit seinen etwaigen unverbindlichen Ansprüchen aufzurechnen (§ 56). Daß ihm dieses Recht aufzurechnen verbleibt, auch wenn gegen das Geschäft ein Differenzeinwand mit Erfolg erhoben wird, bewirkt § 58 Satz 2 dadurch, daß er in diesem Falle den § 56 für entsprechend anwendbar erklärt.

Die Börsentermingeschäfte in zugelassenen Waren oder Wertpapieren, die durch § 58 Börs.-G. nicht betroffen werden, gegen die also der Differenzeinwand uneingeschränkt zulässig bleibt, sind auf Grund der §§ 764, 762 BGB. für unverbindlich und auch der schwächeren Rechtswirkung, außer der auf § 762 Absatz 1 Satz 2 BGB. beruhenden Erfüllbarkeit, für bar zu erklären.

---

§ 8.

Der Spiel- und Differenzeinwand bei Börsentermingeschäften in nicht zugelassenen Werten.

Nachdem die Geschäfte in den zugelassenen Waren oder Wertpapieren behandelt sind, bleiben aus dem Kreise der nicht verbotenen Termingeschäfte noch die Börsentermingeschäfte zu behandeln in solchen Waren oder Wertpapieren, die nicht durch ausdrückliche Zulassungserklärung des Börsenvorstandes der zuständigen deutschen Börse zum Börsenterminhandel zugelassen sind. In der bisherigen Literatur rechnet man zu dieser Gruppe, stellt ihnen also rechtlich gleich, auch die Börsentermingeschäfte, die in zugelassenen Waren oder Wertpapieren, aber zu anderen als den vom Börsenvorstand festgesetzten

Geschäftsbedingungen abgeschlossen sind.[1]) Ein besonderer Schutz der Börsentermingeschäfte in nicht zugelassenen Werten vor dem Differenzeinwande besteht nicht, die §§ 764, 762 BGB. sind also gegebenenfalls uneingeschränkt zur Anwendung zu bringen.

Die Geschäfte in nicht zugelassenen Werten zwischen börsentermingeschäftsfähigen Vertragsgegnern sind an sich nach §§ 52, 53 Börs.-G. verbindlich; die Verbindlichkeit ist nicht vorhanden, wenn das Geschäft Differenzgeschäft ist. Bei dieser Gruppe von Geschäften wird der Differenzeinwand in vielen Fällen tatsächlich nicht mit Erfolg geltend gemacht werden können, da derjenige, der sich auf den Differenzcharakter des Geschäftes beruft, nicht zur Begründung dessen, daß seine Absicht, nicht effektiv zu liefern oder zu kaufen, dem Vertragsgegner habe bekannt sein müssen, auf seine den Börsengeschäften fremde wirtschaftliche Stellung hinweisen kann, vielmehr die Börsentermingeschäftsfähigkeit eine Vermutung für die Ernstlichkeit des Geschäfts abgibt.

Bei dem nach § 54 gedeckten Effektentermingeschäft in nicht zugelassenen Werten kann der Sicherheitsempfänger sich nur mittels des Differenzeinwandes der Verbindlichkeit entziehen, kann dann allerdings auch nicht Befriedigung aus der Sicherheit suchen, da die Sicherheitsbestellung hinfällig ist und zurückgefordert werden kann, auch nicht nach § 56 Börs.-G. auf Grund des Geschäftes gegen eine Forderung seines Vertragsgegners aufrechnen. Der Sicherheitsbesteller (Kunde) ist auch ohne Differenzeinwand nicht an den Geschäftsabschluß, sondern nur an die Sicherheitsbestellung gebunden. Ist das Geschäft Differenzgeschäft, so kann er unter Hinweis darauf sowohl die Unverbindlichkeit des Geschäftes als auch die Ungültigkeit der Sicherheitsbestellung geltend machen, denn die Haftung der Sicherheit ist in § 54 Börs.-G. nur für den Fall bestimmt, daß das Geschäft unverbindlich ist, weil der Kunde nicht börsentermingeschäftsfähig ist. Die Ansicht Hemptenmachers,[2]) nach der der Besteller infolge der Vorschrift des § 58 Satz 2 in dem hier angegebenen Falle mit dem Differenzeinwande die Wirksamkeit der Sicherheitsbestellung

[1]) Vgl. Nußbaum, Kommentar, § 58 Anm. IIIa., S. 293.

[2]) Hemptenmacher, Börsengesetz, § 58 Anm. 3, S. 200f.

nicht untergraben könne, während das Geschäft für den Empfänger (Bankier) als Differenzgeschäft, das nicht von § 58 Satz 1 betroffen werde, nicht verbindlich sei, wird heute allgemein verworfen, da, wie früher ausgeführt wurde, von der Vorschrift des § 58 Satz 2 ebenso wie von der des Satz 1 nur die Ansprüche aus Börsentermingeschäften in solchen Waren oder Wertpapieren betroffen werden, die zum Börsenterminhandel zugelassen sind.

Diejenigen Börsentermingeschäfte in nicht zugelassenen Werten, die beiderseits unverbindlich sind, weil die Vertragsgegner nicht börsentermingeschäftsfähig sind, sind, falls sie außerdem Differenzgeschäfte sind, auch auf Grund von §§ 764, 762 BGB. unverbindlich. Die Wirkung der Unverbindlichkeit nach § 52 Börs.-G. ist insofern schärfer, als sie auch unmittelbar für Börsentermingeschäfte gilt, die im Auslande geschlossen oder zu erfüllen sind (§ 61), sowie auch auf die Erteilung und Uebernahme von Aufträgen und auf die Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses von derartigen Geschäften sich erstreckt (§ 60 Börs.-G.). Die Wirkung der Unverbindlichkeit nach §§ 764, 762 BGB. ist anderseits insofern schärfer, als danach auf Grund der unverbindlichen Geschäfte auch eine einseitige Aufrechnung gegen Forderungen aus Börsentermingeschäften nicht zulässig ist. Für den Richter besteht die Pflicht, die Ungültigkeit mit ihren Wirkungen aus beiden Gesichtspunkten zu berücksichtigen.

Börsentermingeschäfte in nicht zugelassenen Werten, die nachträglich mit Wirkung seit Geschäftsabschluß verbindlich geworden sind (§ 57 Börs.-G.), werden in der Regel als von Anfang an ernste Kaufgeschäfte zu betrachten sein. In den Fällen, in denen die Parteien zwar ursprünglich ein Differenzgeschäft abgeschlossen haben, aber nachträglich gemäß § 57 Börs.-G. Effektivlieferung erfolgt ift, ist die auf § 52 Börs.-G. beruhende Unverbindlichkeit als von Anfang beseitigt anzusehen, während die auf §§ 764, 762 BGB. beruhende Unverbindlichkeit erst in dem Augenblick beseitigt wird, wo die Parteien das ursprüngliche Differenzgeschäft durch Effektivlieferung in ein ernstes Kaufgeschäft umwandeln. Dies hat die Wirkung, daß Sicherheiten, die für das Geschäft bei Abschluß bestellt sind, nicht wirksam sind, da sie für ein bis zur Effektivlieferung unverbindliches Geschäft bestellt sind.[1])

[1] Bernstein, Börsengesetz, § 58 Anm. III. 4. S. 264 f.

§ 9.

Der Spiel- und Differenzeinwand bei Börsentermingeschäften, die im Auslande geschlossen oder zu erfüllen sind.

Auf die Geschäfte, die im Auslande geschlossen oder zu erfüllen sind,[1]) finden nach § 61 Börs.-G. zwar die Vorschriften der §§ 52—60 Börs.-G. Anwendung, nicht jedoch unmittelbar die §§ 764, 762 BGB. Auf solche Geschäfte finden in der Regel, sofern eben nichts anderes bestimmt ist, nach der vom Reichsgericht im internationalen Privatrecht beobachteten Theorie[2]) das Recht des Erfüllungsortes Anwendung. Hat dieses Recht des Erfüllungsortes eine Bestimmung nach Art des § 764 BGB., so ist diese zur Anwendung zu bringen, dagegen tritt dann gegebenenfalls, bei Vorliegen eines Geschäftes in „zugelassenen" Werten und den sonstigen Voraussetzungen, § 58 auf Grund der Anordnung des § 61 Börs.-G. in Wirksamkeit. Denn wenn auch § 58 Börs.-G. wörtlich nur Schutz gegen einen „Einwand aus den §§ 762 und 764 BGB." verleiht, so muß dies sinngemäß auf ausländische Rechtsverhältnisse, die inhaltlich genau dasselbe besagen, übertragen werden. Eine gegenteilige Auslegung würde gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes, nämlich §§ 61, 58 Börs.-G., verstoßen und die Anwendung des Differenzeinwandes wäre dann nach Artikel 30, E.-G. z. BGB. aus diesem Grunde ausgeschlossen. Ein Verstoß gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes läge aber deswegen vor, weil § 61 Börs.-G. ausdrücklich die Vorschrift des § 58 auf Auslandsgeschäfte angewandt wissen will, und der Zweck dieser Vorschrift nach der Begründung der ist, das Börsentermingeschäft, insoweit es nach dem speziellen Recht wirksam sein soll, mit völliger Rechtssicherheit auszustatten und insoweit auch einen Spiel- oder Differenzeinwand auszuschließen.

Kennt das Gesetz des ausländischen Erfüllungsortes einen Differenzeinwand nach Art der §§ 764, 762 BGB. nicht, erklärt

---

[1]) Besonders zu beachten ist bei dieser Gruppe, daß nach § 53 Abs. 2 Ziff. 2 Ausländer börsentermingeschäftsfähig sind, auch ohne daß in ihrer Person die von Inländern verlangten Voraussetzungen vorliegen.

[2]) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 53, S. 140, Bd. 54, S. 316.

es also ein Geschäft, trotz Vorliegen des in diesem Paragraphen vorgesehenen Tatbestandes für verbindlich, so verstößt dieses Gesetz gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes, der dahin geht, mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Spieles die Wirksamkeit der Spielverträge einzuschränken und ihnen gerichtliche Hilfe zu versagen;[1]) deshalb ist nach Artikel 30 E.-G. z. BGB., insoweit dieser Verstoß besteht, das ausländische Gesetz nicht zur Anwendung zu bringen. Soweit einem solchen Geschäft in deutschem Rechte Rechtswirkungen beigelegt sind (§ 762 Abs. 1 Satz 2 BGB.), bleiben diese bestehen. Gehören die Geschäfte zu den in § 58 genannten, so genießen auch sie kraft Vorschrift des § 61 Börs.-G. den Schutz vor Wirkungen des Differenzeinwandes.

Die vorgenannten Punkte sind in gleicher Weise zu prüfen, wenn es sich um die Anerkennung von Urteilen eines ausländischen Gerichts oder um den Erlaß eines Vollstreckungsurteils aus einem solchen Urteile handelt, denn diese haben nach §§ 328, 723 CPO. zu unterbleiben, wenn sie gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würden.[2])

Nicht mehr in den Rahmen dieser Abhandlung gehören die §§ 59 und 60 Börs.-G., da sie sich nicht mit Börsenterminegeschäften, sondern mit Schuldanerkenntnissen aus diesen und sonstigen Vereinbarungen, durch die der eine Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem nicht verbotenem Börsentermingeschäfte dem anderen Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, und mit der Erteilung und Uebernahme von Aufträgen sowie der Vereinigung zum Zwecke des Abschlusses von nicht verbotenen Börsentermingeschäften befassen.

---

[1]) Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2, Seite 501.
[2]) Vgl. Nußbaum, Kommentar, § 61 Anm. 4, S. 303.